SENTENCIA LISBOA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

Antonio López Castillo

Agustín José Menéndez

SENTENCIA LISBOA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

Presentación y coordinación

M.ª Del Camino Vidal Fueyo

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Madrid, 2011

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
http://www.cepc.es

Catálogo general de publicaciones generales
http://www.060.es

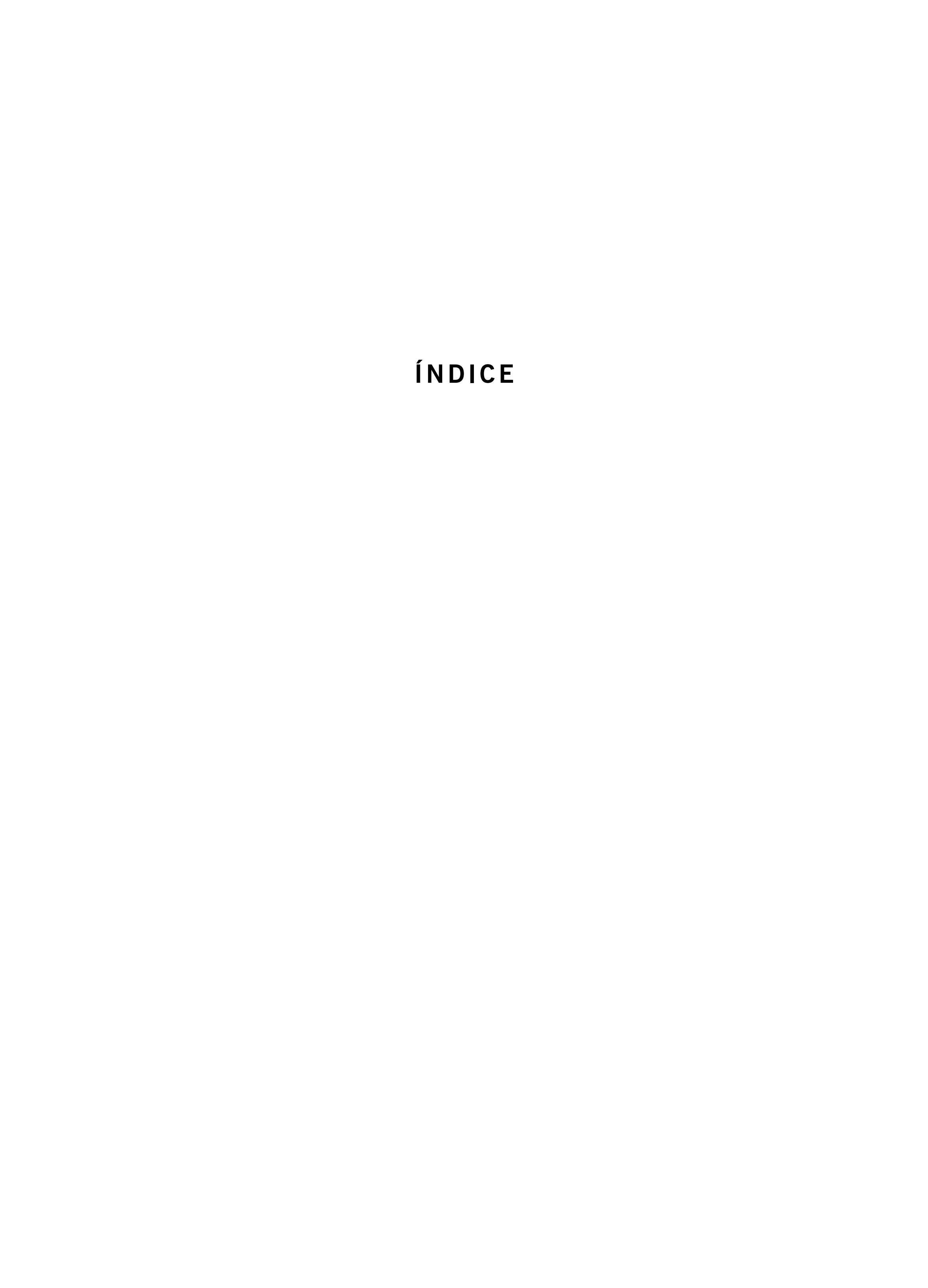
NIPO: 005-
ISBN: 978-84-
Depósito legal: M. .... - 2011

Diseño de cubierta: Área Gráfica Roberto Turégano

Fotocomposición e impresión: Imprenta Taravilla, S.L.
Mesón de Paños, 6 - 28013 Madrid
taravilla.sl@gmail.com



PAPEL RECICLADO
LIBRE DE CLORO



ÍNDICE

PRESENTACIÓN

La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el Tratado de Lisboa, de 30 de junio de 2009, ha generado una amplia polémica doctrinal, no solamente en Alemania, sino en el resto de Europa, por las indudables repercusiones que puede traer consigo en el ámbito del proceso de integración europea. Incluso antes de hacerse pública ya se esperaba una decisión del Tribunal alemán que entrase en conflicto con algunas de las cuestiones sentadas en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia[1]. El necesario diálogo entre los tribunales nacionales y los tribunales europeos no siempre se desarrolla con la fluidez necesaria y, en algunos casos, como se ha puesto de relieve en muchas ocasiones por parte de la doctrina alemana, es más propio de una confrontación que de una cooperación[2].

[1] Unos días antes de hacerse pública la sentencia se celebró en Berlín un Congreso con motivo del 60 aniversario de la Constitución alemana, en el que hubo continuas referencias a la esperada sentencia. Entre otras, cabe destacar las intervenciones del Presidente del Bundesverfassungsgericht y el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pueden consultarse las intervenciones en el volumen coordinado por Klaus Stern, *60 Jahre Grundgesetz. Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland im Europäischen Verfassungsverbund. Kongress aus Anlass des 60-jährigen Jubiläums des Grundgesetzes vom 24. bis 26. Mai 2009*, Beck Juristischer Verlag, 2010.

[2] Hirsch, G., "Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht– Kooperation oder Konfrontation?", en NJW 38, 1996, págs. 2457 y ss.; Nicolaysen, G., "Der Streit zwischen dem deutschen Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof", en *Europarecht*, 2000, Heft 4, pág. 509.

La Sentencia alemana vino a sumarse a las aportaciones que, desde la aprobación y posterior entrada en vigor del Tratado de Lisboa, han ido sucediéndose en toda Europa. Las lecturas que se han hecho del Tratado van desde las más positivas, que consideran que recoge prácticamente todos los contenidos del Tratado constitucional (se llega a hablar de un 90 por ciento[3]), o al menos los más fundamentales y sustanciales, a otras más pesimistas o realistas, que denuncian con acierto un retroceso en la integración europea, al afirmar que "es mucho lo que se perdió" en la transición de un Tratado al otro: "la dimensión simbólica del texto, el espíritu constitucional, e importantes elementos de integración han desaparecido"[4]. En todo caso, hasta las lecturas optimistas reconocen que la vuelta a la vieja forma de los Tratados, abandonando la idea de Constitución, supone "ocultar tras un velo" los elementos fundamentales de la Constitución, y llegan a confesar que esto se hace "a fin de que la reforma parezca una cosa nueva de menor ambición y, por tanto, se pueda ratificar a través de la vía parlamentaria, eludiendo los referendos"[5]. No parece que esto suponga un gran favor al proceso de integración europea, ni que se esté dando la importancia debida a la necesaria legitimación democrática de las instituciones europeas, legitimación que hunde sus raíces en la soberanía popular, y que no es compatible por tanto con una huida de las consultas directas al pueblo.

No se trata tanto, en todo caso, de un debate sobre lo que cuantitativamente se haya o no mantenido, cuanto de analizar el alcance cualitativo de las modificaciones y las ausencias. En este

---

[3] Aldecoa, F. y Guinea, M., *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2.ª ed., 2010, pp. 22 y 29. Incluso se menciona que La Comisión para la Unión Europea para el Parlamento danés consideraba que el Tratado recoge en un 95% el contenido del Tratado constitucional. FOLKETINGET-EUROPAUD VALGET, Offentlig referat fra Europaudvalgets åbne møde den 13 juli 2007, p. 27, en www.eu-oplysningen.dk

[4] Tajadura Tejada, J., *El futuro de Europa. Luces y sombras del Tratado de Lisboa*, Comares, Granada, 2010, p. 6.

[5] Aldecoa, F. y Guinea, M., *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*, op. cit., p. 29.

sentido, se ha definido al Tratado de Lisboa como el "Tratado de la desconfianza"[6], y se ha valorado la historia de su elaboración como la "historia de un fracaso"[7]. Es evidente que, tras el frustrado intento de aprobación del Tratado constitucional, lo que los políticos europeos han intentado es recuperar la senda de la integración europea, pero para ello el instrumento elegido, necesariamente, ha debido tener en cuenta el rechazo al anterior proyecto, y ello ha supuesto una renuncia a algunos avances que se recogían en el fallido texto con pretensiones constitucionalizantes.

Parece indudable —en mi opinión— que, en este contexto, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, no va a contribuir a mayores avances, sino más bien a lo contrario. Además, es previsible que (como ya ha ocurrido) algún otro Tribunal constitucional, especialmente los de algunos países de la Europa del Este, siga la senda marcada por el *Bundesverfassungsgericht*, lo cual probablemente contribuirá a reforzar las dudas y ralentizará el ritmo del proceso de integración continental[8]. De cualquier manera, podría hacerse también una lectura positiva de esta Sentencia, en el sentido de que podría servir justamente como advertencia a los políticos, y como instrumento para poner de relieve la necesidad de rectificar los defectos que el Tratado de Lisboa contiene, y los recor-

---

[6] Andrés Sáenz de Santamaría, P., "El Tratado de Lisboa: entre el rescate de la sustancia y la consagración de la desconfianza", en Fernández Liesa, C., y Díaz Barrado, C. (dirs.), *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas,* Dykinson, Madrid, 2008, p. 39.

[7] "El Tratado configura una Europa sin proyecto político, fragmentada inculso en relación con un elemento constitutivo como es la Carta de Derechos, incapaz de hacer frente a los retos de la globalización e impotente para actuar unitariamente en la esfera internacional". Cfr. Tajadura Tejada, J., *El futuro de Europa. Luces y sombras del Tratado de Lisboa*, Comares, Granada, 2010, pp. 7 y 8.

[8] Recuérdense las conocidas sentencias del Tribunal Constitucional checo, una anterior y otra posterior a la Sentencia alemana. Cfr. Primera Decisión del Tribunal Constitucional Checo sobre el Tratado de Lisboa de 26 de Noviembre de 2008, disponible en http://www.usoud.cz/file/2339; Segunda Decisión del Tribunal Constitucional Checo sobre el Tratado de Lisboa, de 3 de Noviembre de 2009, disponible en http://www.usoud.cz/file/2506

tes en aquellos aspectos que sí encontrábamos reflejados en el Tratado constitucional, aspectos que contribuían a reforzar la legitimidad democrática de las instituciones europeas. Ojalá sea así, aunque personalmente lo dudo mucho.

Desde la aprobación del Tratado de Lisboa se ha venido celebrando en el Centro de Estudios Constitucionales una serie de actividades para analizar el contenido y las consecuencias jurídicas y políticas de la entrada en vigor del Tratado. En el marco de estas actividades, en diciembre de 2009 se publicó en la página web del CEPC la traducción al español de la Sentencia alemana, y el 18 de febrero de 2010 se celebró un Debate en la sede del Centro sobre la repercusión de dicha Sentencia. El Debate siguió el formato habitual en este tipo de actividades: se desarrollaron dos ponencias iniciales, que abordaron la sentencia desde diferentes perspetivas. Una más crítica con su contenido (la del profesor Antonio López Castillo) y otra más favorable (la del profesor Agustín José Menéndez). Ambos son expertos conocedores del proceso de integración europeo y de la doctrina alemana. Como el profesor Menéndez dice al inicio de su contribución, no pretende tanto una defensa del fallo del Tribunal alemán como un intento de reconstruir en clave constitucional una decisión larga y compleja, desde el *favor integrationis*. Se trata sin duda de una tesis y un planteamiento brillantemente expuestos, que tanto en el momento de su exposición oral, como ahora en su versión escrita, arrojan luces y sugieren ideas sin duda enriquecedoras del debate constitucional euripeo.

López Castillo recupera en su análisis algunos elementos que ya había utilizado en sus numerosas aportaciones doctrinales sobre el derecho alemán y sus relaciones con el europeo, que se remontan ya a su comentario sobre la sentencia Maastricht[9], con la que además vincula estrechamente la propia doctrina de la sentencia sobre el Tratado de Lisboa. En la línea que une ambas sentencias encontramos, según López Castillo, con esta última sobre el Tratado de

[9] López Castillo, A., "De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea ante la Ley fundamental alemana...", en *REDC* 40, 1994, 207-240.

Lisboa, una enfática y efectiva (re) asunción de la soberanía por parte alemana. De alguna manera, se percibe también un abandono de la idea o del proyecto de lograr la unidad europea, y se pone el acento en subrayar “los perfiles del regenerado estatuto político de Alemania en la UE de entre siglos”, sostiene acertadamente López Castillo.

Tras las dos intervenciones de los ponentes, cuya versión escrita, ampliada y actualizada, se ofrece en este volumen, tuvo lugar un Debate, en el que se fueron manifestando las diferentes posturas y perspectivas que en la misma doctrina jurídica europea se han ido planteando.

En este volumen se recogen, por un lado, la traducción de la Sentencia antes aludida (que fue realizada por Cristina Elías y Carlos Vidal), las dos ponencias, y un resumen de las ideas que se fueron exponiendo en el Debate.

Alemania en la Unión Europea a la luz de la sentencia Lisboa del TCFA

Antonio López Castillo
Titular de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

I. PLANTEAMIENTO Y ESQUEMA DE DESARROLLO

Como bien se sabe, con este título he adelantado ya en el número 87 de la Revista española de derecho constitucional un comentario sintético, a propósito de algunas de las cuestiones, tanto de carácter procesal como en relación con el fondo, que me ha suscitado la esforzada lectura inicial de una resolución ciertamente compleja[1]. Pero

[1] *Alemania en la Unión Europea a la luz de la Sentencia Lisboa, de 30 de junio de 2009, del Tribunal Constitucional federal alemán*, en REDC 87, 2009, 337-360.

Ya al tiempo de esta publicación el número de contribuciones críticas al debate provocado por el TCFA era considerable. Desde entonces, ello se ha multiplicado de modo tal que resulta desaconsejable seguir la norma de uso tradicional que consiste en relacionar los principales trabajos publicados sobre el tema. Ni siquiera, en síntesis, podría alcanzarse aquí el objetivo de citar veinte o treinta de entre los comentarios de referencia. Se desiste pues de esa intención, aun a riesgo de no referir todos los que son.

Ahora bien, siquiera a título ilustrativo, a las aportaciones iniciales ya referidas en mi comentario en el n.° 87 de la REDC, se impone la adición, en todo caso, de las siguientes referencias críticas:

Las primeras desde una perspectiva nacional alemana, con voces de la vieja generación y de la más joven iuspublicística, Ulrich Everling, *Europas Zukunft unter der Kontrolle der nationalen Varfassungsgerichten. Anmer-*

la verdad es que, si bien se mira, esa complejidad no es tanto el fruto de una sesuda construcción sistemática cuanto la consecuencia de una agregación de piezas varias al hilo de un discurso altisonante, no siempre alejado de la simplificación expositiva y, ocasionalmente, incurso en circularidad arbitrista, que acaso deba considerarse marca característica de un periodo que me ha parecido oportuno identificar como el de la *Europa de entre siglos*[2].

Pretendo apuntar así, de inmediato, sin mayores rodeos, a la insuficiencia explicativa de aquellas consideraciones de contemporizadora contextualización en las que al reactivo aldabonazo de la Sentencia *Lisboa* viene a oponerse, cual su causa eficiente, un recurrente ejercicio de activismo del TJUE que, ejemplificado en unas u otras decisiones, generalmente controvertibles (así, en particular,

---

kungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009 über den Vertrag von Lissabon, en Europarecht (EuR), 2010, págs. 91-107; Dieter Grimm, Das Grundgesetz als Riegel von einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, en Der Staat, 48, 2009, págs. 475, sigs.; Carl Otto Lenz, *Zum Verhältnis des BVerfG zu Europa und seinen Gerichten nach seinem Lissabon-Urteil*, en WHI, FCE 01/10, de 13 de enero de 2010; y, Armin von Bogdandy, *Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum. Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG*, en NJW 2010, págs. 1, sigs.

Mediante la quinta referencia se pretende ilustrar, a modo de complemento necesario, acerca de planteamientos representativos, y en la perspectiva institucional, de la UE, la contribución de Vasilios Skouris, *Methoden der Grundrechtsgewinnung in der EU*, en D. Merten / X. Papier, HGRe, Band VI/ 1, 2010.

Por lo demás, para no incurrir en reiteraciones del todo prescindibles, y dado que la STCFA *Lisboa*, *in extenso* y de un modo intenso, en buena medida se basa en la sentencia *Maastricht*, a la que con recurrencia se acude en la exposición, me permito remitir a mi comentario de aquella significativa resolución (*De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea ante la Ley fundamental alemana...*), en REDC 40, 1994, 207-240.

[2] A propósito de esta caracterización y de sus rasgos más destacados me permito remitir a mi contribución (*Constitución y constitucionalización en la Europa de entre siglos*) al VII Congreso de la ACE, genéricamente dedicado al Derecho constitucional europeo, que ha tenido lugar en San Sebastián, 4/5 de febrero de 2010 (*en prensa*).

en relación con la muy controvertida interpretación del alcance de los efectos sobre el derecho nacional de unas exigencias estructurales del derecho de la UE que, al menos, en la versión alemana de la STJUE *Mangold*, no parece haber dejado del todo claro su fundamento de principio), se ha podido tachar de intolerable e invasivo exceso de jurisdicción[3].

El efectivo o supuesto activismo del TJUE esa es una cosa y otra muy distinta es pretender que el radicalismo doctrinario que caracteriza a la STCFA *Lisboa* sea sólo una consecuencia del efecto producido por aquella sobreactuación.

El TCFA sobreactúa en esta ocasión, como ha sobreactuado antes de toda esta confusa fase de enredado y equívoco debate paraconstitucional, ya con ocasión del severo enjuiciamiento del inicial TUE mediante su seminal sentencia *Maastricht*; una resolución significativa tanto por sus interpretaciones condicionadas de conformidad de algunas de las previsiones de aquel Tratado, como -y sobre todo- por el sustento dogmático de su formulación del estatuto de miembro de la UE de un Estado plenamente soberano.

Es posible que el activismo jurisprudencial del TJUE pueda llegar a explicar, acaso, el tono enfático del discurso, pero las tesis de fondo de la Sentencia *Lisboa* no tienen otra base que el cambio de circunstancias que encarna con la efectiva (re)asunción de soberanía, como bien acredita la línea que va de *Maastricht* a *Lisboa*. Y es que en la *Alemania de entre siglos* del principio de soberanía nacional se ha hecho la «base de toda interpretación de las cláusulas constitucionales, incluida la de la propia cláusula Europa»[4].

Por ello, al emprender el comentario de la sentencia Lisboa no es posible obviar la firmeza y determinación del TCFA en lo que al desarrollo de los perfiles del regenerado estatuto político de Alema-

---

[3] De la insuficiencia de esa pretendida explicación de contexto ha venido a dar cuenta la propia Sala segunda del TCFA que, en una reciente resolución de 6 de julio de 2010 (2 BvR 2661/06), ha modulado *ad casum* la rigidez encorsetada de su genérico planteamiento en la STCFA Lisboa (cf. IV. B).

[4] Citado de mi referida contribución (Constitución y constitucionalización en la Europa de entre siglos) al VII Congreso ACE (*cit.* en nota 2).

nia en la UE de entre siglos se refiere. Y es que si bien la Sentencia Lisboa no es la primera, acaso sí sea la más contundente, manifestación de una pulsión decisionista que alguna relación guarda con el tradicional desempeño por su parte de una función basilar en el desarrollo constitucional de la república federal de Alemania.

Que la diferenciada singladura constitucional de la Alemania de posguerra pudo contribuir a la instrumental ubicación del *TCFA* en una posición central, cercana al centro de gravedad de su sistema político, es algo apenas controvertible. Que, acaso como consecuencia de la mayoría de edad política de sendos órganos constitucionales, en el regenerado contexto político de la Alemania de entre siglos, pueda haber sentido el TCFA en riesgo, si no en transitorio declive, esa tradicional centralidad suya en el sistema, tal vez sea ya mucho decir.

Pero lo cierto es que, sea ello como fuere, en situaciones cruciales, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, el *TCFA* ha fungido de sólito como garante, así como de la existencia y operatividad de un orden objetivado de valores y derechos fundamentales, de un estatuto político de soberanía nacional, aun si por aquel entonces en la RFA el estatuto jurídico del poder político todavía se hallaba iusinternacionalmente mermado[5].

---

[5] Ha sido el caso, en particular, de la voluntariosa doctrina sentada en la STCFA *Misiles*, as. 2 BvR 1160/83 / e.a., de 16 de diciembre de 1983 (cfr. BVerfGE 66, 39, ss.). Acaso por no haberse tratado de un supuesto relativo al derecho comunitario ha podido pasar desapercibido para algunos comentaristas el hecho sobresaliente de haberse proyectado al ámbito decisorio OTAN la aplicación del artículo 24.1 (y 2) LF. Lo que, dicho en términos más claros, significa que, al efecto de considerar compatible con la LF el despliegue en suelo alemán de misiles estadounidenses portadores de cabezas nucleares en la década de los ochenta, el TCFA decide que la asunción por parte de los órganos políticos alemanes de semejante imposición se habría de considerar, antes que la expresión de una soberanía limitada, un supuesto adicional de transferencia de derechos de soberanía en el sentido de la expresión en el ya referido artículo 24.1 LF.

Acerca del rendimiento soberanista de esta doctrina y de la presupuesta fungibilidad política del ejercicio de la función jurisdiccional del *TCFA*, con

Y en esa línea jurisprudencial, de fondo soberanista, se ha de considerar, como hito destacable la STCFA *Lisboa*. Una resolución, de inequívoca filiación *maastrichtiana*. Y para clarificar lo que eso significa se recordará, en este punto, que, dictada con fecha 12 de octubre de 1993, aquella histórica decisión lógicamente se anuda, como su inmediata consecuencia, al reconocimiento iusinternacional del estatuto de soberanía que, previa desintegración de la extinta República democrática alemana (1990), mediante reintegración de sus recuperados *Länder* en el seno de la República federal de Alemania[6], habría permitido culminar la larga marcha del programa de unificación nacional.

Ahora bien, una vez culminada la unificación alemana, el paralelo proyecto de unidad europea, considerado en la inmediata posguerra como la otra cara de la moneda, muy pronto vino a perder no ya sólo su urgencia histórica, sino incluso su consideración como objetivo programático a medio o largo plazo (algo de lo que bien puede considerarse exponente el hecho de su inmediata eliminación como tal objetivo del programa político de la CDU, en 1992[7]).

Y en este renovado contexto político de la Alemania de entre siglos, es en el que se ha de considerar la interpretación por parte del TCFA de las previsiones constitucionales relativas a la integración europea de Alemania, tanto si su tenor ha permanecido inalte-

---

algunas referencias a propósito del detalle, me permito remitir a mi *Constitución e integración*, CEC, Madrid, 1996.

[6] Particular exponente del debate constitucional de aquellos años a propósito de la vía más indicada al efecto, pueden considerarse las contribuciones de Joachim A. Frowein, Joseph Issensee, Christian Tomuschat y Albrecht Randelzhofer en la sesión extraordinaria de la *VVDStRL* dedicada al tema *Deutschlands aktuelle Rechtslage*, 1990.

[7] Llama poderosamente la atención este viraje respecto de una tradición europeísta en el marco de un ideario político que viene de los constituyentes y, en particular, del referente político de los democratacristianos de aquella época, de *Konrad Adenauer* (a propósito de la imbricación política de la unificación y el lanzamiento de la UE, con de la reforma constitucional de 1992, remito en síntesis a mi *Constitución e integración*, en particular, págs. 191-200).

rado desde la entrada en vigor de la LF —así, por ejemplo, a propósito de la pretensión de igualitaria participación como miembro en una Europa unida, que se formulara en el Preámbulo[8]—, como si su expresa articulación ha sido el resultado de una decisión *ad hoc*, mediante reforma constitucional, cual es el caso con relación al ya referido artículo 23.1 LF.

Y muy pronto vendría a constatarse que esa reconsideración, si no práctica inversión, de prioridades a propósito del histórico *tandem*, en ese ambiente germanista, no iba a considerarse un dato menor al efecto de interpretar el sentido y alcance de las cláusulas de apertura.

Y ello al margen de que a la genérica cláusula de apertura, *ex* artículo 24.1 LF, se le hubiese venido a sumar una específica cláusula Europa, mediante el artículo 23.1 LF, guiados los proponentes de una manifiesta intención de reafirmación simbólica del histórico designio constituyente de imbricación de los objetivos de unifica-

---

[8] Invoca críticamente esta cláusula directiva del Preámbulo, expresiva del designio constituyente, y necesariamente operativa, en tanto que no ha sido modificada con ocasión de alguna de las numerosas reformas de la LF, al criticar la tajante exclusión de fundamento constitucional alguno para la participación de la RFA en un hipotético Estado federal europeo Carl Otto Lenz, *Zum Verhältnis des BVerfG zu Europa und seinen Gerichten nach seinem Lissabon-Urteil*, en WHI, FCE 01/10, de 13 de enero de 2010, págs. 5-6.

Esta crítica invocación *lenziana* de los designios constituyentes plasmados en la directiva cláusula del Preámbulo de la LF bien podría haber invocado en su apoyo la articulación actualizada de referencias semejantes, con ocasión de su reforma, en algunas de las Constituciones territoriales; así, por ejemplo, en el revisado Preámbulo de la Constitución de *Baden-Württemberg* se caracteriza a ese *Land* como un «*lebendiges Glied der Bundesrepublik Deutschland in einem vereinten Europa*» (miembro activo de la RFA en una Europa unida) o, por citar otra modalidad de referencia en el texto articulado, *ex* artículo 3.a) de la Constitución de Baviera se alude a una «geeinte Europa» (Europa unida) y, por referir siquiera un caso relativo a los territorios de la extinta Alemania del Este, en el revisado Preámbulo de la Constitución de Brandemburgo se invoca, sobre su condición de «*Glied der Bundesrepublik und Europas*» (miembro de la RFA y de Europa), su proyección hacia «*der einen Welt*» (un Mundo unido).

ción alemana y unidad europea. Agotado su rendimiento instrumental al efecto de la unificación nacional, el vaciado artículo 23 LF venía así a rellenarse con la novedosa previsión de una cláusula Europa al efecto de brindar un fundamento específico al efecto de canalizar la contribución alemana a la (mediata) consecución del otro objetivo constituyente que, lograda la unificación alemana, quedaba pendiente, el de la Europea unida.

Pues bien, y por más que pueda ello haber sorprendido, considerando que esa histórica imbricación de unidad europea y unificación alemana se adujo en el debate, doctrinal y político, conducente a la redacción del artículo 23.1 LF como específica cláusula Europa, mediante la Sentencia *Maastricht*, lejos de abundar en ese paralelismo constituyente, el *TCFA* decidió acometer una densa relectura de las cláusulas, genérica y específica —prescindiendo, por completo, de su pretendida dimensión simbólica—, de apertura a la integración, potenciando así formalmente la asimetría de los hechos.

Y esa y no otra es la matriz de la que se nutre, la fuente de la que mana, la Sentencia *Lisboa*. Resolución en la que no sólo se ha asumido el corpus doctrinario, sino que también se ha desarrollado el potencial dogmático, de aquel descompensado enfoque soberanista.

En la sentencia *Lisboa* late, en efecto, una neta reivindicación de plenitud constitucional y de irradiación *ad extra* de la Alemania soberana al efecto de cuya salvaguarda confluye —aun si ello no siempre se formula de modo congruente— utilería conceptual varia, producto de la concurrente invocación de locuciones de acreditado recorrido en su jurisprudencia, o más novedosas, tales como «mandato de aplicación», «programa de integración», «control de ultra vires», o «control de identidad» y «principio de responsabilidad por la integración»[9].

[9] En este punto de la exposición se prescinde por completo (a diferencia de lo que fuera el caso con ocasión de la intervención oral, previa al debate, en el foro) de toda referencia sistemática al detalle genealógico de esos diversos útiles conceptuales (de esa tarea he de ocuparme con la atención y la exten-

Pues bien, en esa perspectiva, y mediante una dicción textual de tono manifiestamente soberanista[10], el sentido y alcance de la cláusula Europa deviene objeto, en esta Sentencia de la Sala segunda del TCFA, de una doble integración de pretensión sistemática.

Con todo, antes de entrar a considerar en detalle lo fundado o infundado de sus tesis de fondo, a propósito del sentido y alcance de la cláusula Europa, se impone alguna consideración con carácter preliminar en relación con la singularidad y el *tempo* procesal y en atención al *modus decidendi* del TCFA (II).

Apuntado esto, en lo que sigue, se ha de precisar, en lo posible, el sentido propio de la cláusula Europa en el contexto más amplio de las cláusulas de apertura que, por su consideración conjunta, contribuyen a presentar la imagen caleidoscópica de una renovada proyección exterior mediante la que el Estado alemán aspira a optimizar su encaje en el proceso de institucionalización de las relaciones internacionales, desenvolviéndose con la discrecionalidad que es propia de todo Estado soberano (III).

Por otra parte, se ha de hacer notar que el alcance del artículo 23.1 LF en la STCFA Lisboa es expuesto a un doble valladar (IV). De inmediato, su lectura se inserta en el marco de los principios fundamentales que, en virtud de explícita remisión al artículo 79.3, *in fine* del propio artículo 23.1 LF, fungen como límite de la actuación de los poderes públicos, propios o ajenos, operativos en suelo alemán. Unos principios fundamentales imponderables, por considerarse expresión particularmente intensa de la identidad constitucional que, con una densidad y en un perímetro casuísticamente por determinar, al TCFA le compete salvaguardar (A). Y,

---

sión que sean necesarias en un estudio de conjunto sobre los hitos de la jurisprudencia iuscomunitaria del TCFA, en proceso de elaboración, por encargo de la dirección de la Revista de derecho comunitario europeo —RDCE—).

[10] A título meramente indicativo, es de recordar que, según las cuentas del referido *Carl Otto Lenz* (que no tengo intención de ponerme a repasar) hasta en 33 ocasiones se menciona en la sentencia la palabra «*souverän*» a pesar de que como tal expresión, no así otras referencias sinónimas de raíz germánica, no aparezca en la LF (*vide* en *loc. cit.*, nota 1).

mediatamente, ese posible alcance se proyecta sobre una tarea de control del ejercicio de atribuciones de la UE al efecto de cuya verificación se apunta a un esquema de articulación basado en la radical afirmación de una reserva de jurisdicción que, a falta de una mayor precisión, no queda del todo claro el modo e intensidad eventual de la supervisión de la jurisprudencia del TJUE que esa reserva de subsidiaria jurisdicción del TCFA denota (B).

Finalmente se tratará de presentar extractadas algunas consideraciones, a modo de conclusión, relativas a los apartados en que se desglosa esta ponencia (V).

II. PRELIMINARES: SINGULARIDAD Y *TEMPO* PROCESAL Y *MODUS DECIDENDI* DEL TCFA

1. Un apunte relativo a la singularidad y *tempo* procesal...

Antes de emitir juicio valorativo alguno en relación con la temporización del trámite de los procedimientos acumulados a los que se enfrentaba el *TCFA*, no estará de más subrayar que en la Sentencia *Lisboa*, a semejanza de lo que ya fuera el caso con ocasión del mediato control de constitucionalidad del Tratado sobre la UE mediante la Sentencia *Maastricht*, la nota más destacable quizás sea la de su potencial complejidad. Y ello tanto por lo diferenciado de su fundamento, como por la desigual relevancia de los motivos alegados, en una u otra vía procesal. Así las cosas, no parecía lógico esperar una misma respuesta del TCFA a tachas de inconstitucionalidad aducidas frente a normas, todas ellas con rango de ley, pero con un diferenciado grado de vigencia y una naturaleza jurídica asimismo diversa.

Se recordará que ante el TCFA se había venido a cuestionar la compatibilidad constitucional de un doble tipo de normas.

De una parte, mediante el cuestionamiento de la constitucionalidad de la ley de autorización parlamentaria para la ratificación del *TrL*, atendida su caracterización «formal», de mero continente,

y no habiéndose cuestionado su procedimiento de aprobación, bien que de forma indirecta y como mediato objeto de control, al *TCFA* en realidad se le demandaba un juicio a propósito de la constitucionalidad de previsiones iusinternacionales que de llegar a entrar en vigor el *TrL*, en virtud del correspondiente mandato de aplicación, comenzarían a desplegar sus efectos —en su caso, inmediatos— *ad intra* del espacio jurídico nacional.

Y, de otra parte, las tachas de inconstitucionalidad se hacían extensivas a otras normas confluentes al proceso de ratificación del *TrL*. Tópicamente caracterizadas como leyes de acompañamiento, esas normas eran, de una parte, la ley para la reforma de los artículos 23, 45 y 93 de la LF, por entonces ya publicada pero todavía no en vigor, y, de otra parte, la ley sobre ampliación y refuerzo de la participación de la Dieta y del Consejo federales en asuntos relativos a la Unión Europea, por entonces ni siquiera promulgada y publicada[11].

La consideración conjunta de ese estado (si acaso, preliminar) de vigencia de las normas sometidas a contraste con la LF contribuye a poner de manifiesto el rendimiento preventivo de la resolución, por más que, a la vista de la caracterización legal de algunos de estos procedimientos, como recursos a posteriori, pudiera ello extrañar.

Ese rendimiento preventivo se alcanza, sin duda, mediante el pronunciamiento declarativo de inconstitucionalidad, conducente a su condicionada modificación, de la ley sobre ampliación y refuerzo de la participación de la Dieta y del Consejo federales en asuntos relativos a la Unión Europea. Pero se logra también cuando, a través de una labor, más o menos densa, de interpretación de conformidad constitucional, a lo que se llega es a la desestimación, si es que previamente no se habían considerado infundadas, de las pretensiones.

Por una u otra vía, se habría posibilitado la verificación por parte del *TCFA* de una modalidad impropia de control preventivo de

[11] *Vide*, respectivamente, en A.I 4 y 5 de la STCFA *Lisboa*.

constitucionalidad del *TrL*, en línea con el precedente ya establecido con ocasión del mediato examen de conformidad a la LF de las reformas entonces articuladas mediante el *TUE* o Tratado de *Maastricht*.

Y se habla de modalidad impropia de control preventivo de constitucionalidad, porque, como tal, en la ley reguladora de los procedimientos ante el *TCFA*, no se ha previsto modalidad alguna de control previo de tratados internacionales. Que, ello no obstante, haya alcanzado a pronunciarse el *TCFA* en detalle sobre las condiciones en las que *TrL* puede considerarse conforme a la LF, es la consecuencia, lógicamente descontada la iniciativa política de los recurrentes, de una decisión política de la Presidencia federal, sostenida en una especie de convención interinstitucional, que tiene ya su antecedente en *Maastricht*, al efecto de mantener en suspenso, en tanto no se llegase a dictar sentencia, el depósito del instrumento de ratificación del *TrL*, dejando así, temporalmente, sin efecto la autorización parlamentaria.

De esta manera, ha podido quedar liberado el *TCFA* de la carga que suponía tener que pronunciarse y, en su caso, acordar, la suspensión cautelar del depósito del instrumento de ratificación del *TrL* que expresamente se solicitara en cinco de los seis recursos acumulados.

Ante una situación semejante, la cuestión que se plantea es si de ese modo se observan, como es debido, las exigencias de lealtad comunitaria. Pues si, como es notorio, la asunción de un compromiso multilateral como el que decanta en el *TrL*, a salvo las hipótesis de concertada excepción o de regímenes opcionales, a todos obliga por igual, tanto una indebida dilación en la resolución jurisdiccional de los recursos, como la ulterior demora en la adopción de la decisión presidencial relativa al depósito del instrumento de ratificación, podrían contravenir la exigencia de lealtad comunitaria.

Que, al efecto, no sea posible ofrecer de antemano respuestas inequívocas, no excusa de preguntarse por las condiciones en las que, formalmente recabada una autorización, la demora en la efectiva asunción del compromiso de su ratificación pudiera llegar a

considerarse como un deliberado quebranto de la convención colectiva que, por definición, siempre comporta una concertada reforma de los Tratados tal como la que se articulara mediante el *TrL*.

Tal podría considerarse el caso, así como en la grosera hipótesis de retraso injustificado del depósito del instrumento de ratificación por decisión presidencial de postergar, aun no estando ello pendiente de juicio alguno relativo a su encaje constitucional, en aquellos otros supuestos en los que la postergación del trámite o la demora en la adopción de una resolución jurisdiccional declarativa de conformidad al orden constitucional se produjese en ausencia de toda motivación o con base en una motivación aparente, porque se fundase únicamente en razones de índole política.

De la hipótesis de incursión en flagrante tergiversación del sentido y alcance de una exigencia de lealtad y buena fe en el cumplimiento de los compromisos adquiridos que se deriva del correspondiente principio iusinternacional general, se ha ocupado recientemente y con suficiente claridad el *Ústavni soud* o Tribunal Constitucional checo, en su (segunda) sentencia *Lisboa*, al considerar críticamente la renuente actitud del Presidencia de esa república a la hora de formalizar la asunción de los compromisos previamente suscritos con ocasión del *TrL*[12].

De otra parte, la veste procesal de su formulación, no sería motivo suficiente para desviar la atención respecto de la posible existencia de una manifestación de voluntad (política) jurisprudencial, si es que la actuación dilatoria fuese cosa de un Tribunal constitucional. Ahora bien, como los tiempos procesales nunca son ajenos a las circunstancias de un caso y, de un modo u otro, guardan correspondencia con su relativo grado de dificultad, para apreciar que determinada dilación no responde a lo complicado del asunto, a la diligencia de las

---

[12] A propósito de la consideración de la ambigüedad o renuencia presidencial a la plena asunción de los compromisos convencionales suscritos como supuestos de quebranto del principio general de derecho internacional de lealtad y buena fe, objeto de consideración en la segunda Sentencia Lisboa del TC de la república checa, de 3 de noviembre de 2009, PI ÚS 19/09, se remite al sitio del *Ústavni soud <http://www.concourt.cz>.*

partes en el proceso, etc., sería preciso contar con algún elemento objetivo de juicio, antes de concluir nada definitivo acerca del modo en que se ha podido conducir, en este caso, el *TCFA*.

Si como tal criterio objetivo de valoración se podría o no considerar la hipótesis de adopción informal de una decisión por parte del ponente que, previa acreditación de la garantía política de suspensión del depósito de un instrumento de ratificación formalmente autorizada, acordase comunicar a las partes su designio temporizador del trámite y resolución del juicio pendiente respecto de la instada declaración de disconformidad constitucional del Tratado —llámese *TrL* (o *TcUE*)— en tanto que el horizonte político de la incertidumbre europeísta en torno reinante a propósito del controvertido proceso de (renegociación y ulterior) ratificación no viniese a quedar despejado, es algo que, al margen del sentido final de la decisión que se adopte, debería ser objeto de una serena reflexión[13].

2. ...Y UNA NOTA A PROPÓSITO DEL *MODUS DECIDENDI* DE LA SALA SEGUNDA DEL TCFA

Se ha apuntado ya, y en eso coincide la práctica totalidad de sus glosadores, que la STCFA *Lisboa* presenta flaquezas e inconsecuencias en un discurso a varias voces que no es exactamente equivalente, más bien lo contrario, a un discurso colegiado[14].

[13] A propósito de la adopción de ese tipo de decisiones y de su comunicación personalizada a los recurrentes por vía de misiva, me permito remitir a la referencia crítica esbozada en las páginas 344-5 de mi comentario Alemania en la Unión Europea a la luz de la Sentencia Lisboa, de 30 de junio de 2009..., *loc. cit.* (nota 1).

Un foro indicado al efecto podría muy bien considerarse el de las periódicas sesiones de trabajo de la conferencia europea de TT CC o, en un plano ya más informal, el de los seminarios y reuniones de trabajo que muchos de los TT CC mantienen, con regularidad u ocasionalmente, a propósito de cuestiones de su interés.

[14] Como ya he tenido ocasión de referir en nota 5, pág. 339, de mi comentario de la STCFA Lisboa ya cit. (nota 1), la manifestación más aguda al efecto de subrayar ese carácter de polifónico desconcierto me ha parecido el ocurrente bosquejo de guión «Rashomon in Karlsruhe» de Franz C. Mayer.

Esta falta de rigor lógico y de consecuencia expositiva acaso pudo haberse evitado si en el seno del *TCFA* alguien se hubiese decidido a formular mediante el correspondiente voto particular las diferencias de opinión surgidas en la Sala. De haber sido ese el caso, bien podría haberse contribuido a clarificar una retahíla de razonamientos, heterogéneos, por su fuente y por su fin, y a dulcificar el estilo, a veces puntilloso y grave, con frecuencia, reiterativo, etc., y, lo que es más importante, podría haberse contribuido a la gestación de un discurso alternativo, de futuro, que sobre el soberanismo rampante de la Sala, hubiese incidido en las notas de interdependencia y conjunción de soberanías en el comprensivo espacio constitucional de la UE.

En el caso, esa alternativa fundamentación en minoría (aunque sólo fuese de uno) hubiese forzado a los restantes miembros de la Sala a realizar un esfuerzo adicional de clarificación argumental, muy necesario, si se piensa que esos razonamientos habían de soportar, al tiempo de los enunciados del fallo, los diversos pronunciamientos de interpretación condicionada, de conformidad a la LF, de los diversos pasajes del *TrL* que han podido ser objeto de consideración.

Estas consideraciones que tendrían sentido, aun si sólo fuesen el fruto de una disquisición doctrinal, alcanzan toda su intensidad si, como en el caso ha llegado a trascender, en el seno del colegio decisorio se ha puesto de manifiesto la existencia de una discrepancia a propósito, si no del sentido del fallo, de los argumentos que lo han podido sostener.

Una vez que ha trascendido la existencia de ese tipo de discrepancia en el seno de la Sala Segunda, su falta de expresa articulación mediante un voto particular bien podría llegar a considerarse un supuesto de defección en la asunción de las responsabilidades que, desde su nombramiento, obligan a los magistrados, en este caso, del *TCFA*.

Por ello, dejando de lado la satisfacción de la curiosidad que en el lector pueda despertarse a propósito de la identidad de la perso-

na discrepante[15], en este punto, realmente se impone preguntarse por la razón última de una situación semejante, de desfallecimiento en la asunción plena y correcto desempeño de una función jurisdiccional de la que, como materia propia del orden público procesal, sería parte la puesta en claro de las razones de una discrepancia, aun si se trata sólo de una concurrente o relativa a las razones que sostienen el fallo.

Que la articulada manifestación de una discrepancia semejante es cosa distinta de poner en cuestión la autoridad del colegio decisorio es algo tan elemental que no se comprende del todo la razón última del allanamiento silente de la opinión discrepante. En todo caso, ni la redacción de un VP se ha de considerar como otra cosa que un instrumento al servicio de un leal desempeño de la función jurisdiccional, ni la autocontención que a todos obliga en el ejercicio de esa tarea podría confundirse con un título de cobertura de la dejación de esa responsabilidad.

Por lo demás, en la jurisprudencia iuscomunitaria del *TCFA* no han faltado las ocasiones para el esbozo y la traza de una neta distinción entre lo que se estima indicado y prudente designio de autocontención en el desempeño de la función jurisdiccional y contraindicada, por no decir, inviable, renuncia al efectivo desempeño de su ejercicio[16].

---

[15] La supuesta defección en la asunción de su responsabilidad como juez constitucional por parte de uno de los ocho miembros de la Sala, a partir de la consideración de sus tesis en su contribución (Europäisches und nacionales Verfassungsrecht) a la jornada de estudio de la asociación de profesores alemanes de derecho público que se publicara en las acreditadas Veröffentlichungen der deutschen Staatsrechtslehrern (*VVDStRL*), 60, 2001, págs. 246, sigs., se ha llegado a atribuir a la magistrada *Gertrude Lübbe-Wolff*.

Así lo ha dado a entender, en todo caso, Peter Häberle, La regresiva «sentencia Lisboa» como «*Maastricht*-II» anquilosada, traducción de Francisco Balaguer Callejón, en Revista de derecho constitucional europeo, ReDCE, 12, 2009, págs. 397-429, en nota al pie n.º 34, p. 409.

[16] Así puede entenderse, sin duda, la secuencia que, pasando por *Solange*-II, va de la decisión *Solange*-I a la resolución Plátanos (a propósito de la modulación, que no abandono, de su específica jurisdicción de control, me

La explicación de todo esto se ha de buscar, por ello, más allá de los posibles aspectos subjetivistas. Y, al efecto, por su objetiva evidencia, quizás se impone advertir sobre la relativa consecuencia de una actitud semejante, de silente allanamiento, de disposición a no dar a conocer públicamente las razones de una eventual discrepancia *ad intra curia*, con lo que bien puede considerarse un vector o línea de fuerza en la jurisprudencia iuscomunitaria del *TCFA*.

Una línea que, con alguna significativa excepción, como la controvertida —*ad intra quoque ad extra curiae*- primera resolución en tanto que o *solange*—[17], no sería exagerado sostener que ha devenido regla, si se atiende a sus principales hitos, en esa jurisprudencia (soberanista) del *TCFA*.[18]

---

permito remitir a mi sucinto comentario, Un nuevo paso en la andadura iuscomunitaria del Tribunal Constitucional Federal de Alemania..., en REDC 61, 2001, pp. 349-364).

[17] Alguna otra resolución puede considerarse; así, en particular, en relación con la orden europea de detención y entrega (en síntesis, a propósito de la problemática constitucional suscitada, no sólo en Alemania, se remite a Magdalena M. Martín Martínez, La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras, en RDUE 2006, págs. 179-200).

[18] Que junto a los hitos de esta jurisprudencia, en sus intersticios y anejos, puedan haberse dictado otras sentencias más morigeradas y componedoras, y otras resoluciones elusivas, en las que, por más que pudiera existir alguna expectativa de éxito, la cuestión se admite a trámite, por más que pudiera parecerlo, no es un argumento definitivo contra la afirmación de la existencia de esa línea de fuerza en la jurisprudencia iuscomunitaria del *TCFA*.

Aunque a propósito de otro contexto, y con la ventaja propia de las consideraciones relativas a un tracto temporal muy extenso, algún interés tiene a propósito de la consideración y valoración de una determinada línea de jurisprudencia, no obstante la concurrencia de resoluciones de signo y alcance diverso, la consulta del agudo examen de la jurisprudencia histórica del TS de EE UU que ofrece Bruce Ackerman, en su contribución (*Marbury versus Stuart*) en Fundamentos n.º 4, J. L. Requejo Pagés (coord.): Demos y Nomos: la agonía de la justicia constitucional, Oviedo, 2006, págs. 151-202.

III. CLÁUSULA EUROPA: ¿UNA CLÁUSULA MÁS DE APERTURA?

1. Consideraciones preliminares a propósito de la relectura del artículo 23.1 LF

En la STCFA *Lisboa* se confirma una tendencia paradójica que arranca ya en la STCFA *Maastricht*, en la primera ocasión para la interpretación de una específica *cláusula Europa*, entonces recién inserta, mediante reforma constitucional, en el ya referido artículo 23 LF.

Menos evidente en aquel momento inicial, en el que su interpretación aparecía entrelazada con la del artículo 24.1 LF, la cláusula de apertura que había conducido el proceso de integración alemana hasta entonces y que, por su formulación abierta, desde entonces pasaría a operar como residual fundamento constitucional de la participación alemana en (otros) procesos de apertura, en *Lisboa* esa paradoja se hará ya notar.

Lo paradójico está en el hecho de que, precisamente a partir del momento en que en la LF se reconoce lo específico del proceso de integración europea, y por su influjo, o bien en paralelo, ese modo de singular reconocimiento de lo *sui generis* de la participación en la configuración y desarrollo de la UE trasciende y decanta en otros textos constitucionales, en el tracto de cuya interpretación suprema la nota de especificidad avanza en la línea de diferenciación dogmática de ese proceso con respecto a otras manifestaciones, más o menos, tradicionales de proyección *ad extra*, en Alemania se intensifica una línea (hasta entonces marginal) de reconsideración de la singularidad dogmática y efectivo alcance de un proceso de apertura que, de modo más explícito que en anteriores ocasiones, en la STCFA *Lisboa* se presenta en su contexto nacional actualizado, a 30 de junio de 2009.

Y ese contexto no es otro que el propio de un país soberano que, en su proyección exterior, mediante una efectiva aplicación de diversas cláusulas de apertura se proyectaría, como intencionadamente advierte el TCFA, así como al espacio regional que institu-

cionalmente encarna en la UE, al marco trasatlántico de la OTAN o al más universal orbe político de la ONU.

En esta Alemania de entre siglos, esa manifiesta reconsideración del sentido y alcance de la cláusula Europa no puede explicarse suficientemente o, quizás mejor, no puede explicarse en absoluto, al margen de la reformulación de un estatuto político que presumiblemente ha puesto en lugar preferente de su agenda política internacional el objetivo de reubicación, consecuente con su actual peso político y económico, en lo que, tópicamente, se denomina el concierto de las naciones.

Y ello al margen de que, en su literalidad, el objetivo de participación como miembro en condiciones de igualdad en una Europa unida, que bien puede considerarse una marca distintiva del designio constituyente, a 30 de junio de 2009, aun seguía figurando como directiva constitucional en su prístina entrada del Preámbulo de la LF.

En realidad, sin pretender que pueda ello considerarse la razón única, ese cambio político de la circunstancia alemana en el proceso de integración europea ha podido estar presente, como un elemento más a considerar, en el ánimo de los constituyentes de la Europa del Este a la hora de establecer en su respectiva Constitución (checa, polaca, etc.) unas cláusulas de apertura que, no obstante haberse previsto al efecto de fundamentar su participación en el proceso de configuración y desarrollo de la Unión Europea, se habrían formulado como si tal proceso no se fuese conocido, o no presentase especificidad reconocible alguna con respecto a otras actuales o futuribles proyecciones *ad extra*[19].

Haya sido o no referente u objeto de consideración para esos países del entorno, lo significativo, y paradójico, en los razonamien-

---

[19] A propósito de la naturaleza y funcionalidad de esas y otras cláusulas de apertura a la participación en el proceso de integración europea, me permito remitir, a efectos meramente ilustrativos, a mi contribución (*La incorporación de la cláusula europea en la Constitución nacional*), en Carmona Contreras (ed.), La Unión Europea en perspectiva constitucional, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 15-34.

tos de la STCFA *Lisboa* es que a un mayor grado de precisión en el texto de la LF, y en la disposiciones normativas y convencionales complementarias, con respecto a lo específico del proceso de integración europea a la luz de las reformas producidas mediante el *TrL*, se haya podido anudar una superpuesta (y ¿contradictoria?) interpretación del artículo 23.1 LF.

Por una parte, se intensifica la potencialidad de esa cláusula Europa al avanzar en la precisión del detalle y densidad de sus límites al efecto de justificar la puntillosa exigencia de precisiones en muchas de las previsiones de la llamada ley de acompañamiento relativa a la participación en asuntos relativos a la UE de la Dieta y del Consejo federales. Y, por otra parte, esa potencialidad experimenta una notoria dilución en la medida en que tiende a ser considerada como una más de las previsiones constitucionales relativas a la proyección exterior del Estado que, sobre su diverso grado de precisión articulada en la LF, resultan ser expresión de una directiva de *cordialidad iusinternacional* (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) de la cual la de *cordialidad iuseuropea* (*Europarechtsfreundlichkeit*) se habría de considerar subgénero o especie.

2. ¿Y QUÉ CONSECUENCIAS PODRÍA TENER ESA RELECTURA *LISBOETA* DEL ARTÍCULO 23.1 LF?

Abundando en el planteamiento ya expuesto en la STCFA *Maastricht*, y previa constatación de la correspondencia del *TrL* con aquel primer TUE, por más que en el mismo se incorporase buena parte de los contenidos articulados en el *nonato TcUE*, en la STCFA *Lisboa* se confirma que la participación de Alemania en el proceso de configuración de la UE, en virtud del artículo 23.1 LF, se entiende como una contribución al desarrollo de una organización *sui generis* que, ya desde la STCFA *Maastricht*, se ha venido caracterizando como Unión de Estados (*Staatenverbund*).

En la STCFA *Lisboa*, si bien no se trata del prolijo e intenso debate doctrinal que, a propósito del sentido y alcance de una expresión tan equívoca, se ha producido en este periodo de entre si-

glos, dentro y fuera de Alemania, implícitamente puede haberse tomado como punto de partida. Y ello porque, sobre la mención ocasional de sinónimos de impreciso significado, tales como asociación o liga de integración o dominio, si vale traducir así los compuestos *Integrationsverband* o *Herrschaftsverband*, se avanza en una definición de *Staatenverbund* que, considerada en el contexto general de la resolución, trasluce una inequívoca pretensión normativa.

Por Unión de Estados se habría de entender —se precisa— la resultante de un vínculo convencional, sostenido y estrecho, entre Estados soberanos que, por serlo, disponen sobre un ordenamiento, legitimado por sus respectivos pueblos y con base o fundamento en sus Constituciones.

De inmediato se advierte, como la más notoria consecuencia de la formulación, que antes, durante y después de la asunción de sus compromisos comunitarios, los Estados partícipes de la concertación habrían sido y seguido siendo Estados soberanos.

Y a esa notoria consecuencia, por más que en alguna medida pudiera ello haberse presentado de forma velada, se anuda una adicional proyección, de carácter político, en un caso, y de naturaleza jurídica, en otro caso.

En su vertiente política, ello se habría traducido en el desplazamiento al espacio teselado del mosaico constituyente de la presencia de unos ciudadanos que, al haberse puesto el acento en «el ejercicio en común de poder público...», aquí se perfilan antes que como esos operativos sujetos políticos al efecto de una prestación de legitimación democrática adicional *ad intra Unione* que, aunque en incipiente y subsidiaria medida, realmente ya son, como meros beneficiarios potenciales de las ventajas económicas y jurídicas que resultan de la reordenación de ese espacio o que, en todo caso, bien pueden haber derivado de avances sustentados en una creciente actuación al efecto de una mayor y mejor coordinación de actuaciones transfronterizas.

Una consideración más equilibrada del estado de la integración, a 30 de junio de 2009, habría podido llevar al TCFA a modular la definición dogmática de la UE, no tanto para cuestionar, como para

formular en su complejidad, una caracterización dogmática que, al acierto de haber tomado en consideración esa determinante dimensión estatal del proceso de integración, bien refleja en la expresión Unión de Estados, habría sumado el desacierto de no haber tomado en consideración una contribución ciudadana que, bien que a título complementario, brinda adicional soporte legitimador.

Pues bien, al efecto de dar visibilidad a ese complementario aporte de legitimación de los ciudadanos, en su condición de sujetos políticos, por su pertenencia a comunidades nacionales, funcionalmente moduladas por un paradigma comunitario de residencia, y, siquiera sea en esa incipiente medida, parte integrante de una superpuesta comunidad política *in fieri* —por más que, como consecuencia de regímenes de excepción, no a todos los nacionales de los Estados miembros alcance ello por igual, pues al margen, en todo caso, de que con el abandono de lo dispuesto *ex* artículo 1 del *nonato* TcUE esa complementaria fuente no se mencione ya expresamente en la puerta de entrada, en el segundo título del vigente TUE, *ex* artículo 10.2, se apunta sin duda a ello. Así las cosas, la sola caracterización de la UE como Unión de Estados no resultaría del todo satisfactoria.

Por tanto, o bien se prescinde por completo de esta consideración de los ciudadanos como (complementario) sujeto inmediato de legitimación democrática de la UE (que es lo que, ocasionales referencias al margen, efectivamente se ha hecho en la STCFA *Lisboa*), o bien, si, a diferencia de la STCFA *Lisboa*, mediante la indicada interpretación sistemática de *TUE* y *TfUE* así se llegase a reconocer, se impone completar la definición normativa de la UE mediante adición al expresivo de su determinante faceta estatal, de un elemento adicional relativo a la faceta ciudadana.

De optarse por lo segundo, mediante expresión lapidaria, cabría decir que, en el tracto de su configuración y desarrollo, la UE radica en la Unión (¿permanente?) de (remanentes) Estados soberanos y en una (incipiente) comunidad de ciudadanos[20].

[20] *Vide* referencia a esta complementaria caracterización, estatal y ciudadana, mi contribución (*De la doble legitimación en la ConstUE y de su reflejo en*

Por otra parte, y en lo que a la faceta jurídica se refiere, el acento se habría puesto, como nunca antes, en la advertencia de una palmaria contraposición entre la nota de constitutiva autonomía del orden jurídico de la integración que, como su rasgo propio, está en la base del corpus dogmático configurado en la jurisprudencia del TJUE y el carácter derivado de unas disposiciones normativas que, en virtud de la operativa centralidad del mandato de aplicación insito en cada prestación de autorización estatal, en la jurisprudencia del TCFA deviene el signo característico del derecho de la UE.

De optarse por este segundo enfoque, tal y como expresamente se hace en uno de los párrafos más significativos de la STCFA *Lisboa*, la conclusión alcanzada es que «*carece de importancia si el mandato de aplicación del Derecho de la Unión... se prevé en los Tratados mismos o en la declaración 17 anexa al Acta final del TrL*» (n.º 343).

Desde luego, en esa perspectiva *lisboeta*, debates como el que trasluce de la DTC 1/2004, a propósito de la cobertura constitucional de la cláusula de primacía que expresamente se venía a articular en el artículo I-6 del *nonato* TcUE, no es que parecieran convenientes, es que se habrían debido considerar como una ineludible exigencia constitucional, en la medida en que a aquella pretendida formalización mediante expresa cláusula convencional del principio de primacía del derecho de la UE, no se le oponía otro correlato constitucional que el inferido a partir de su implícita asunción en virtud de una alambicada tentativa de heterointegración, entre comparatista e iuscomunitaria, de la inespecífica cláusula de apertura, *ex* artículo 93 CE[21].

Pero, en el marco de la STCFA *Lisboa*, la cuestión de la primacía del derecho de la Unión no se plantea, como bien puede verse, en

la planta institucional de la Unión Europea) en La constitución europea, CEPC / TC, Madrid, 2005, págs. 47-91.

[21] A propósito me permito remitir a mi contribución (*La Unión Europea "en constitución" y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre*), en López Castillo/Sáiz Arnáiz/Ferreres Comella: Constitución española y constitución europea, Foro 1, CEPC, Madrid, 2005, págs. 13-50.

torno a la suficiencia de un fundamento constitucional de participación en la UE que, ya desde su inserción con ocasión de la reforma constitucional de 1992, se encuentra explicitado en el 23.1 LF.

La cuestión de que trata la STCFA *Lisboa* no es tanto la de la suficiencia de esa cláusula Europa como fundamento de la primacía del derecho de la Unión -lo que, con los límites señalados, expresamente o por remisión, se presupone-, cuanto la de la insuficiencia de una cláusula comunitaria de primacía que -se considere implícita o se formule explícitamente, se inserte en los Tratados o se ubique en sus Anexos- «*en Alemania sólo vale en virtud del mandato de aplicación impartido mediante la ley de (autorización para la) ratificación de los Tratados...*» (n.º 343).

Como es notorio, en la STCFA *Lisboa* se afirma, ya sin paliativos, que en el espacio jurídico alemán, la primacía de aplicación del derecho de la UE, sobre la consideración institucional de su posible sentido y potencial alcance en el ámbito de la UE, valdría tanto y hasta donde viniese a quedar a cubierto por el manto de asentimiento insito en una regla nacional de colisión. Pues sólo en el marco autorizado, delimitado o delimitable, podría considerarse constitucionalmente operativo un mandato de aplicación que, *ad intra Stato*, realmente funge como «*el fundamento y el límite para la validez del Derecho de la Unión Europea...*» (n.º 343).

Esta afirmación tajante, en cuya virtud la especificidad de la relación derecho nacional / derecho de la UE apenas muestra signo alguno de diferenciación con respecto a la más tradicional relación derecho nacional / derecho internacional, es la consecuencia de una medida aproximación a lo largo de los años. Una aproximación de gradual tono dualista, a partir de la caracterización de la autorización parlamentaria de cada sucesiva ratificación como vehículo de un mandato de aplicación relativo a un *programa de integración* que, sobre esa primera caracterización, ha ido avanzando en una intensificada exigencia de contención del referido *programa*.

De modo que, lo atribuido, si no enteramente delimitado, debería aparecer como delimitable, ya en el momento mismo de su autorización. Y, a partir de entonces, ya de modo permanente y verifi-

cable, al efecto de comprobar que, en el desarrollo de las diversas bases jurídicas, el derecho de la UE resulta conforme a inexcusables exigencias constitucionales de cuya observancia serían, en todo caso, responsables tanto instituciones políticas, como el Gobierno y el Parlamento, como los órganos jurisdiccionales y, en último término, en su calidad de supremo intérprete de la LF, el propio TCFA.

En suma —viene a decirse, resumiendo todo ese largo trayecto jurisprudencial—, que a todos los órganos constitucionales obliga la responsabilidad de asegurarse, con ocasión del desempeño de sus respectivas competencias, de que en el proceso de interpretación y puesta en aplicación de los Tratados en vigor (de los que, por encima de su conclusión por tiempo ilimitado, se destaca lo restricto y delimitado de su ámbito competencial de disposición y la expresa previsión de su reversibilidad) no se produzcan actuaciones a descubierto o en exceso.

Y, según la STCFA *Lisboa*, en excesos tales podría incurrir el derecho de la UE por una doble vía. En primer término, por la vía del denominado *ultra vires*, es decir, por haberse dictado en ausencia o con insuficiencia de bases jurídicas al efecto. Y en segundo término, y en todo caso —es decir, aun si se contase con títulos atributivos de competencia y se observasen las exigencias de subsidiario o/y proporcionado ejercicio—, si llegasen a considerarse afectados principios y derechos fundamentales tales como el principio democrático y la garantía de alcance iusfundamental de efectiva participación democrática mediante representación electa, *ex* artículo 38 LF que, como contenidos constitucionales indisponibles, en la STCFA se han considerado parte integrante de una cláusula de *identidad constitucional*, abierta a una concreción casuística que, por lo impreciso del esquematismo de la doctrina sentada en esta ocasión, encierra un cierto potencial de conflicto.

En todo caso, antes de entrar al detalle relativo a esa conflictividad potencial, se impone dejar claro que al enfatizar, en extremo, el condicionamiento unilateral de principio de la eficacia del derecho de la Unión en el espacio jurídico nacional alemán, en la STCFA Lisboa se está ya poniendo en cuestión esa exigencia exis-

tencial de comunitaria, simultánea e igual, aplicación que en la jurisprudencia (histórica y) actual del TJUE se considera inherente manifestación sistémica.

Es lo incondicionado de la afirmación tajante de anclaje constitucional del fundamento y alcance de la primacía de aplicación del derecho de la UE en el espacio jurídico nacional alemán lo que comporta un desconocimiento unilateral de principio que, por más que no surta ello efectos reales sino a medida y con el alcance que casuísticamente se determine, resulta de inmediato incompatible con la regular ordenación comunitaria (que, mediando previsión *ad hoc*, no excluye singularidades o regímenes opcionales) de relaciones entre normas en un espacio jurídico de integración.

IV. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA INTEGRACIÓN EUROPEA EN ALEMANIA

A) A 30 de junio de 2009...

1. *Consideraciones preliminares*

A 30 de junio de 2009 la invocación de una faceta sustantiva del principio democrático como elemento dogmático basilar en relación con la reconducción de la participación alemana en el evolutivo tracto del proceso de integración no es algo novedoso, puesto que ya viene de la genésica STCFA *Maastricht*.

Lo que sí es una novedad en esta STCFA *Lisboa* es la efectiva aplicación de ese parámetro constitucional de principio al efecto de declarar la insuficiencia de unas previsiones del legislador al que no sólo se ordena en abstracto, al que se prescribe el detalle de los pormenores que delimitan su debida intervención de acomodo al reforzado estándar democrático que, como presupuesto, condiciona y, en todo caso, limita las posibilidades de participación alemana en una Unión de Estados soberanos como la UE.

Y ello sin perjuicio de una doble precisión que, por más que a primera vista pueda haber resultado equívoca al lector, en nada

estorba al propósito manifiesto de reforzamiento de la base nacional de la democracia. Propósito que, ya desde el momento mismo de su gestación *maastrichtiana*, descansa en la consideración del espacio político estatal como el ámbito propio de realización de un principio constitucional que sólo a título complementario, y no sin modulaciones, podría llegar a considerarse observado en los engranajes de la planta institucional de una Unión (Europea) de Estados, por entonces, ya perfilada en el horizonte etiquetado de aquel Tratado sobre la Unión Europea.

Esa aparente equivocidad viene de la conjunción de una expresa consideración instrumental, no finalista, e historicista, no mitificada, de la realidad estatal y de la novedosa invocación de una faceta política en la constitutiva cláusula de dignidad humana que, sobre la que ha venido siendo su tradicional proyección de tono universalista, no exactamente anudado al ámbito de la participación política, en el contexto expositivo de la STCFA *Lisboa*, contribuye a subrayar una nota de intangibilidad del sustrato nacional de la democracia en virtud de una instrumental iusfundamentalización de la garantía de participación ciudadana en la elección de representantes, *ex* artículo 38 LF[22].

En la sentencia *Lisboa* se reitera, por lo demás, una referencia, tradicional en la jurisprudencia iuscomunitaria del TCFA, a la reserva constitucional de jurisdicción, al efecto de verificar el control de todo posible exceso de actuación por parte de organismos e instituciones, políticas y jurisdiccionales, de la UE.

Esas referencias se presentan, por lo demás, entreveradas de un discursivo soberanismo que deja sembrada la duda a propósito de la determinación de aquellos criterios en presencia de los cuales se podría o no afirmar con una certeza compartida que determinada actuación de la UE se halla o no carente de suficiente base jurídica o que, no obstante traer causa de uno u otro tipo de título atributivo, por sus efectos, produjese una constricción adicional de espa-

[22] Las referencias indicadas en el texto pueden verse, respectivamente, en los números marginales 211 y 224 de la STCFA *Lisboa*.

cios de disposición estatal relativos a ámbitos materiales y reductos funcionales de competencia que, de no haber sido objeto de atribución (en el sentido que se explicita, entre otros muchos, ya en el artículo 1 del vigente TUE), se habrían de considerar materia reservada o/y función retenida.

A la clarificación de esta situación de duda pretende contribuir el TCFA que, consciente de que la imprevisión de específicas vías procesales al efecto podría ser considerada como un freno, expresamente advierte al legislador de que, en tanto que no se adopte una específica regulación procesal al efecto, nada le impide entrar a conocer, en el marco existente de regulación de los procesos constitucionales, de las modalidades de control de constitucionalidad por exceso de actuación a fin de constatar un *ultra vires* del programa de integración, ya sea como consecuencia de una insuficiente, o desmedida, invocación de títulos atributivos de competencia (b), ya sea por lo intenso de unos efectos que, con independencia de su base jurídica y al margen de lo intenso de su ejercicio, alcanzasen elementos o incidiesen en aspectos sustanciales integrantes, y como tales intangibles, de la cláusula de identidad.

Dicho esto, cabría preguntarse ¿si pueden considerarse equívocas afirmaciones semejantes? Y, en todo caso, ¿qué espacio queda a la comunitaria aplicación del derecho de la UE?

2. *Del principio democrático nacional como límite, presupuesto... y como condicionante del modo de participación de Alemania en la UE*

2.1. A propósito de la discursiva reafirmación del principio democrático nacional como límite, presupuesto...

El lector atento de la STCFA *Lisboa* advierte sin dificultad la centralidad de un discurso nacional-democrático que en lo que sigue, sin perjuicio de cuanto se ha expuesto, y a título meramente indicativo, se ha de limitar a una doble referencia. La primera, muy concisa, a propósito de la invocación, por lo que respecta a las ins-

tituciones de la UE, de la igualdad en la representación. Y una segunda, algo menos contenida, en atención a la puntillosa identificación de algunos de los ámbitos materiales indicados al efecto de concretar una reserva estatal de competencias.

En este punto, sin perjuicio de otras llamativas referencias en lo concerniente, por ejemplo, a la Comisión, me limitaré a subrayar lo que no puede considerarse sino como llamativa simplificación (y no sólo) expositiva.

Simplificación, en particular, al plantear la pretendida operatividad en el ámbito institucional de la UE de un principio de igualdad en la representación que, no obstante un previo reconocimiento —como no podía ser de otro modo— de la distancia que los separa, contrapone la Unión de Estados a las formas políticas estatales, escorando así al plano del discurso político un planteamiento de pretendido carácter jurídico.

A lo anterior se suma que, atendidas las razones expuestas, resulta ser además un planteamiento escasamente articulado puesto que el modelo estatal de contraste de (igualitaria) representación cuya temperada proyección *ad Unione* políticamente se postula, no sólo es esbozado de un modo impreciso sino que, en la medida en que se presenta como una hipotética proyección del modelo alemán, resulta del todo desajustado a su efectiva operatividad *ad intra Stato*.

En lo que a la identificación de ámbitos materiales reservados al Estado se refiere, la STCFA Lisboa tiende a incurrir en la circularidad auto referencial que es característica del discurso arbitrista.

El pasaje más revelador seguramente sea aquel en el que, dicho eso tan llamativo de que «siempre ha sido así» o «*es war immer so*», se procede a relacionar, sin ánimo exhaustivo —se apunta—, aquellas materias y sectores del ordenamiento jurídico cuya retención en el ámbito propio de la decisión estatal se habría de considerar como presupuesto de la participación estatal en el proceso de integración.

Por supuesto, no hay duda alguna de que tras años de andadura integradora, se impone una reflexión a propósito de la racionaliza-

ción de las responsabilidades respectivas de UE y Estados miembros y, en este sentido, se ha de celebrar la explícita previsión de reforma al efecto de modificar, sea para ampliar, sea para reducir, y, en todo caso, para reordenar, el entramado competencial en el que se desenvuelve y opera la UE, ex artículo 48.2 del vigente TUE.

Es evidente que en el transcurso de la integración se han ido agregando, desde las primeras atribuciones hasta las más recientes, paso a paso, reforma tras reforma, responsabilidades en un ampliado espacio, económico y político, de modo creciente y, lo que es más relevante para la exigencia de reflexión, asistemático. Y que, en consecuencia, no tiene sentido insistir en planteamientos de resistencia a toda posible retrocesión de responsabilidades al amparo de un pretendido principio de irregresividad como si cada paso fuese a conducir a una especie de *rubiconización* irreversible.

Antes al contrario, tras casi sesenta años de singladura integracionista, es perfectamente comprensible y, en cualquier caso, nada extraño, que la agregada resultante de decantación en este denso proceso de integración pueda ser enjuiciada de modo crítico, porque se considere desordenada la distribución de responsabilidades entre los Estados miembros y la UE. Y que, en respuesta a tan lógica preocupación política, puedan plantearse alternativas de futuro al efecto de compensar la merma de la densidad material y de regenerar la capacidad decisoria estatal. Una preocupación tal y una propuesta semejante, no sólo sería algo comprensible, sino que a medio plazo seguramente resulta necesario.

Lo que no se entiende, en este caso, es el sentido de que en una resolución jurisdiccional, por más que se trate de un Tribunal constitucional, de un modo apodíctico y lejos de cualquier consideración de contraste con el estado de la cuestión, se haya procedido a indicar, mediante una relación pormenorizada, aquellas materias y sectores de actividad estatal sobre las que, en todo caso, el Estado debería disponer.

Y ello, al margen de otras posibles, por dos razones principales: de orden material, la primera, y la segunda, de naturaleza netamente constitucional.

La primera objeción estriba en que, contra lo que literalmente se afirma en la STCFA *Lisboa*, no siempre ha sido así. Entre otras cosas, porque «siempre» es una referencia muy abierta de imposible contraste y porque, aun si -por hipótesis- se llegasen a identificar concretos tractos históricos, en los que ello realmente hubiese podido llegar a ser así, lo cierto es que en el momento en que el TCFA se está pronunciando hacía ya mucho tiempo que no lo estaba siendo. Y no ya sólo en una perspectiva dogmática, sino también, y sobre todo, en la realidad palpable del proceso de integración.

Todo esto no deja de causar cierta perplejidad, puesto que, en el fondo, lo que en la STCFA *Lisboa* se está afirmando es que algo que ya está siendo, aun si en según qué ámbitos se estuviese tratando sólo se sentar las bases para llegar a ser, se habría de considerar inviable, porque decir Estado, sería tanto como decir, reserva de todas esas tareas en todos esos sectores de actividad (y otras y otros más por determinar, puesto que expresamente se advierte que su relación sólo es aproximativa)[23].

La objeción de corte constitucional guarda ya relación con la naturaleza y función que al TCFA compete en el ejercicio de su específica jurisdicción.

Que la naturaleza jurídica de un TC, orgánicamente inserto o no en la planta del poder judicial, no es la de los órganos políticos, parece fuera de toda duda; también si de la consideración del TCFA se trata.

Fuera de duda parece también, que la trascendencia de su condición en tanto que supremo intérprete y ordinario garante de la Constitución que trasluce de sus pronunciamientos en los diversos procedimientos de los que conoce, sea en garantía de la divisoria de poderes, sea al efecto de tutelar derechos fundamentales, etc., no le convierte en albacea de una voluntad constituyente a la que, ex artículo 146 LF, *obiter dictum* se deja la decisión última acerca de la eventual participación alemana en un hipotético proceso su-

[23] A propósito del detalle se remite, en particular, a los números marginales 249 y 252-260.

pranacional de construcción estatal. Como tampoco le sitúa en el mismo plano del poder de reforma o constituyente constituido al que si bien es cierto que puede llegar a controlar, como consecuencia de la predeterminación, *ex* artículo 79.3 LF, de unas cláusulas de intangibilidad de contenido integrable, por vía de interpretación constitucional -lo que acaso pueda haberle llevado al equívoco que trasluce de su voluntarioso activismo-, en ningún caso podría llegar a sustituir.

Algo de eso comporta el arbitrio de positiva formulación, mediante la referida cláusula indicativa de (algunas de) las tareas y sectores de actividad que, porque siempre habría sido así, se habrían de seguir considerando privativos del Estado alemán.

Y es ahí donde estriba la principal dificultad de un ejercicio jurisdiccional que, con ser criticable por su notoria falta de fundamento dogmático, lo es sobre todo por ser la expresión de arbitrario decisionismo de raíz política que, so pretexto de estar dando concreción al silente texto constitucional, se arroga una función de alcance configurador que, como tal, se concreta mediante una positiva actuación reguladora que lógicamente concierne al poder constituyente, originario o constituido.

Algo parecido a esto es lo, con ocasión del contraste de las reformas del *TrL* con su Constitución nacional, se ha declarado formalmente en la (segunda) sentencia Lisboa del Tribunal constitucional de la república checa que, ante la pretensión de que se procediese a la identificación pormenorizada de aquellos espacios y responsabilidades en la regulación de materias que se hubiesen de considerar propios y privativos de la actividad estatal, se ha permitido llamar la atención sobre las limitaciones propias de su función como supremo intérprete de la Constitución, dejando al constituyente, originario o derivado, la eventual realización de esa tarea[24].

---

[24] A propósito de la segunda Sentencia Lisboa del TC de la república checa, de 3 de noviembre de 2009, Pl ÚS 19/09 se remite a la página web ya referida (nota 12).

2.2. ...y como condicionante del modo de participación de Alemania en la UE

Con todo, sobre ese fallido ensayo de positiva acotación de un reservado estatal, en la STCFA Lisboa se avanza en la integración de una imprecisa cláusula de identidad constitucional de cuya ordinaria observancia se responsabiliza al conjunto de los órganos constitucionales en virtud de una exigencia constitucional de responsabilidad en el tracto de la integración o *Integrationsverantwortung* acerca de la que, en último término, se habría de pronunciar el TCFA.

De la invocación de un principio de responsabilidad, al efecto de asegurar una cobertura parlamentaria a la acción exterior del Gobierno, ya en la jurisprudencia del TCFA relativa al despliegue y posible entrada en acción de tropas alemanas[25], se pasa así en la STCFA *Lisboa*, sin solución de continuidad, a un principio de nombre semejante pero desemejante función.

Y ello porque, en este contexto, invocar el principio de responsabilidad por la integración es tanto como llamar a la responsabilidad de los órganos constitucionales alemanes al efecto de que en el tracto del proceso de integración queden a salvo, sin desvirtuarse, exigencias imponderables del principio democrático que, *ex* artículos 20.1 y 2 y 79.3 LF, en el espacio constitucional alemán, obliga a los órganos y autoridades de la RFA y, por extensión, alcanza asimismo a las actuaciones de la UE[26].

---

[25] Cfr., a propósito, las resoluciones compiladas en BVerfGE 108, 34, 43; y 104, 151, 208. Cfr., asimismo, acerca de la exigencia y cobertura de ley de decisiones gubernamentales relativas a la puesta en acción de tropas, *ad extra* o *ad intra Stato*, cfr. BVerfG 2 BvE, 5/07, de 4 de mayo de 2010; BVerfG 2 BvE, 1/03, de 7 de mayo de 2008.

Para una aproximación a esta problemática pueden verse, a simple título expositivo, Dieter Wiefelspütz, *The G8 Summit in Germany, the Bundeswehr and the German Bundestag*, en German Law Journal, vol. 11, n.º 10, págs. 1161-1171; Peter Badura, *Der Verfassungsauftrag der Streistskräfte im Grundgesetz*, en Florian Grotz / Th. A. J. Toonen (coords.), Crossing Borders: Constitutions Development and Internasionalisation. Essays in Honour of Joachim Jens Hesse, De Gruyter, Berlín, 2008, págs. 67-80.

[26] Cfr. número marginal 245.

Y lo cierto es que en la STCFA Lisboa, al servicio de una efectiva proyección *ad casum* del principio democrático, se ha procedido a una instrumental invocación de la exigencia de responsabilidad por la integración al efecto de enjuiciar la constitucionalidad de la regulación de la participación de Gobierno y Parlamento en relación con la puesta en marcha de modalidades de reforma de los Tratados respecto de las que no se ha previsto la exigencia de ratificación estatal y, asimismo, a propósito de otras modificaciones de determinados pormenores del procedimiento legislativo en la UE y, en fin, de otras cláusulas asimiladas y de análoga estructura o función[27].

Y, como ya es sabido, la apreciación de insuficiencias en las previsiones del legislador se ha traducido en una declaración de inconstitucionalidad en tanto no se plasmase en la ley el conjunto de prescripciones relativas a las modalidades de participación y manifestaciones de control parlamentario de las decisiones europeas del Gobierno que conforme al severo criterio del TCFA se hacían precisas a fin de salvaguardar, mediante la debida observancia del principio democrático, una identidad constitucional que de lo contrario podría verse afectada en el tracto de la integración.

Esa declaración de inconstitucionalidad, por defecto, de una legislación cuya modificación se ha considerado *conditio sine qua non* de la culminación del proceso de ratificación del *TrL*, en suspenso, tiene una nota muy destacada en la tajante negativa a considerar el silencio del Parlamento como mecanismo de liberación de las ataduras del Gobierno. Nota que, en todo caso, se ha de poner en el contexto de una intensa y extensa prescripción al legisla-

[27] En síntesis, se trata de lo siguiente: del procedimiento simplificado de reforma, ex artículo 48.6 *TUE*, y cláusulas análogas de compleción del derecho primario; de cláusulas pasarela, generales o especiales, de modificación del procedimiento legislativo en el Consejo o sustitución de un procedimiento especial por el procedimiento legislativo ordinario (artículos 48.7 y 81.3.2ª y 3ª, *TUE*); de otras varias cláusulas pasarela (artículos 31.3 *TUE* y 153.2.4ª, 192.2.2ª, 312.2.2ª, 333.1 y 2, *TfUE*); de la cláusula de flexibilidad o imprevisión (artículo 352 *TfUE*); de procedimientos de «frenada de urgencia» (artículos 48.2, 82.3, 83.3, *TfUE*); de autorizaciones en blanco (artículos 83.1.3ª, 82.2.2.ªd), 86.4, 308.3, *TfUE*).

dor al efecto de posibilitar su influencia en las decisiones europeas del Gobierno en un diverso grado que, de más a menos, se traduce en una exigencia, bien de instrucción, bien de autorización, o bien de ratificación o de asentimiento[28].

Por ello, al comentar esa prolija proyección al ámbito decisorio de la UE de las exigencias del principio democrático me ha parecido que era «preciso destacar lo severo del anclaje del Gobierno a los mandatos del Parlamento y tanto más que haya sido ello el resultado de una intervención constitutiva del TCFA»[29].

La eventual generalización de modalidades tan intensas de supervisión del ámbito de decisión correspondiente a los Gobiernos, sin dejar siempre clara la ganancia democrática, comporta un cierto riesgo de complicación del regular funcionamiento de las instituciones de la UE, tanto más si, a estas modalidades de participación, se siguiesen sumando instancias regionales, en línea con los avances que a propósito se han venido articulando en esta Europa de entre siglos.

B) ...Y PLUS ULTRA

Pero la intervención supervisora de la aplicación en suelo alemán del derecho de la UE no se queda en la salvaguarda última de estándares irrenunciables. Y, asimismo, se proyecta a los supuestos ya referidos de *ultra vires* del *programa de integración*, por exceso de ejercicio de las atribuciones de competencia, en virtud de un subsidiario ejercicio de su jurisdicción de control que tiene su temprano referente en la STCFA *Kloppenburg* (1987) en la que, por vez primera, se declaraba inconstitucional, por vulneración de la garantía iusfundamen-

[28] A propósito del detalle articulado mediante la ley relativa a la responsabilidad por la integración se remite aquí a la sintética presentación en las páginas 11-13 del informe nacional de Christine Mellein sobre el genérico tema I («Die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union»), presentada en el XXIV Congreso FIDE, Madrid, 2010, accesible desde la página web abierta al efecto *(<http://www.fide2010.eu>).*

[29] Citado de mi comentario (nota 1), en pág. 354.

talizada de acceso al juez legal, una arbitraria negativa del Tribunal federal de lo financiero a plantear cuestión prejudicial al TJCE, previo reconocimiento de un ámbito de discrecionalidad no revisable, a propósito de la interpretación del sentido y alcance del derecho comunitario y, en concreto, de la determinación de efecto directo de determinadas disposiciones de una directiva.

La actualidad de esta modalidad de control de constitucionalidad conducente a la salvaguarda de las competencias no atribuidas, semejante por sus resultados a un conflicto de competencias, cuya asunción se ha vuelto a arrogar el TCFA en *Lisboa* sin perjuicio de la falta de explícita previsión al efecto en su ley reguladora, tiene su episodio más reciente en una interesante sentencia de la propia Sala segunda del TCFA, de 6 de julio de 2010 (2 BvR 2661/06).

De nuevo, a propósito del controvertido alcance de los efectos de disposiciones de una directiva, en este caso, aun no agotado el plazo para su transposición interna, el TCFA, que asimismo insiste en su doctrina tradicional acerca de las exigencias de salvaguarda de la efectividad de la tutela en supuestos de inaplicación de ley por razón de derecho comunitario y de las condiciones que pueden llevarle a declarar contraria a la LF una negativa a plantear cuestión prejudicial, avanza en la clarificación de la secuencia procesal y del estándar de aplicación en supuestos de planteamiento de un control de *ultra vires*.

Descartadas alternativas doctrinales, tales como la *weileriana* propuesta de una especie de Consejo constitucional o el *steiniano* llamamiento a una superpuesto arbitraje o jurisdicción internacional, etc., y a falta de articulación procesal, mediante un Protocolo *ad hoc*, en el Estatuto del TJUE y su reglamento de procedimiento, al efecto de diluir un espacio de conflicto competencial que —por más que el debate se esté librando en el espacio jurídico alemán— resulta de interés general, el TCFA se pronuncia diferenciando entre la cuestión de principio y el modo de su concreción *ad casum*.

Y así, presupuesta la subsidiaria jurisdicción de control, a semejanza de lo que ya fuera el caso a propósito de la tutela de derechos fundamentales (de *Solange*-I a *Plátanos*, pasando por

Solange-II[30]), avanza en la modulación del estándar de aplicación en el ejercicio de su jurisdicción, en una doble perspectiva, procesal y sustantiva.

Por una parte, viene a clarificarse que el ejercicio de su arrogada jurisdicción de ultra vires el TCFA no procede, en tanto no se haya aclarado, de no estar claro, el sentido y alcance de las disposiciones del derecho de la UE, lo que lleva a exigir, en su caso, un previo planteamiento de la cuestión prejudicial.

Y, por otra parte, como quiera que el programa de integración autorizado, aun si delimitado y determinable, y puesto que en el tracto de su casuística determinación requiere de intervenciones diversas que, en un espacio común de aplicación, precisan de unos criterios uniformes, el TCFA avanza en la consideración en contexto de su arrogada jurisdicción subsidiaria.

Y lo hace por una doble vía complementaria.

De un lado, procede a interpretar el sentido y alcance de disposiciones normativas de la UE atendiendo a los criterios que tradicionalmente el TJUE ha señalado a los órganos jurisdiccionales nacionales como instrumentos mediante los cuales acercarse a una interpretación que pudiera ser compartida por los otros intérpretes en la comunidad de derecho que se genera en la UE.

Y, de otro lado, apunta que a los criterios de suficiencia y evidencia de la pretendida vulneración, señalados como estándares de control en la STCFA *Lisboa*, aun se les habría de sumar la constatación de un quebranto estructural significativo del orden competencial en detrimento de los Estados miembros.

Consciente del halo de indeterminación remanente que, de ordinario, se anuda a la imprecisión (no sólo) material de los títulos atributivos de competencias, como por las posibilidades de justificación argumental que, como consecuencia de una no infrecuente yuxtaposición de bases jurídicas de precisión y tono diversos, gene-

---

[30] Con respecto a la evolución de esa jurisprudencia, a propósito de la doctrina «en tanto que», me permito remitir a mi *Constitución e integración*, CEC, Madrid, 1996; y, por lo que a su ulterior modulación se refiere, a mi comentario sobre la resolución *Plátanos* ya citado (nota 16).

ralmente se presentan en el momento de dotar de sentido y alcance a las previsiones normativas de aplicación al caso, el TCFA ha asumido expresamente el sesgo multilingüe que se impone al interpretar las disposiciones normativas de la UE (recuérdese así, por ejemplo, el peso de ese modo de argumentar al efecto de declarar el TJCE su exclusiva competencia de rechazo de normas comunitarias, en el asunto *Foto-Frost*).

Por ello, no obstante el ruido de fondo que con respecto a la controvertida STJUE *Mangold* ha caracterizado el estado de opinión (no sólo) en los círculos jurídicos de Alemania, ha procedido el propio TCFA al contraste de la versión alemana con las variantes francesa e inglesa, antes de concluir que, al margen de la problemática cuestión de la determinación de los efectos de las previsiones de una Directiva cuyo plazo de transposición aun no se había agotado, el elemento determinante a considerar en el caso realmente radicaba en la existencia indiscutida de un principio estructural operativo de no discriminación por razón de edad.

Constatado eso[31], en el párrafo 71 se declara, con rotundidad, que en la STJUE *Mangold* no se aprecia contravención suficientemente cualificada del principio de atribución limitada, puesto que ni la apertura del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE a casos relativos a la reinserción en el mercado laboral de parados de larga duración, ni la asunción de efectos previos de una Directiva aun por transponer en Alemania, ni la derivación de un principio general de interdicción de discriminación por razón de edad, habrían ocasionado desplazamiento estructural significativo alguno en perjuicio de las competencias de los Estados miembros.

El alcance de este viraje casuístico del TCFA se aprecia muy bien si al detalle de la notoria modulación *ad casum* de esa doctrina de principio acerca de su subsidiaria jurisdicción de control de *ultra vires*, reflejo en los párrafos 72-74, 75-77 y 78-79, se le

[31] Con apoyo, por cierto —lo que resulta bien expresivo de su designio contemporizador— en el criterio expuesto por el actual presidente del TJUE, Vasilios Skouris, en su contribución ya referida (en nota 1).

opone un VP que, a sí mismo, se presenta como la interpretación más correcta del «equilibrado modelo» de la STCFA *Lisboa*.

El *equilibrado modelo lisboeta* ampararía un ejercicio de control de ultra vires por parte del TCFA —se enfatiza en el VP del magistrado *Landau*—, no ya en casos extraordinarios e hipotéticos de cuestionamiento estructural del orden competencial en la UE, sino en supuestos más concretos y reales, en los que, por su evidencia, claridad y notoriedad, porque viniese a resultar ello manifiesto, pudiera apreciarse un caso ordinario de *ultra vires*[32].

En relación con la modulación el estándar *ultra vires* de aplicación *ad casum*, sobre la discrepancia entre el criterio apaciguador de la mayoría y la reivindicación de la contundencia lisboeta en el voto particular, queda asentado un espacio de consenso en la Sala segunda, del que el propio discrepante da cuenta, a propósito de cuestiones de menor porte, porque su incidencia en el orden competencial resultase poco relevante o porque la incidencia se produjese sólo con respecto a las atribuciones *ad intra Unione*.

V. EXTRACTO FINAL, A MODO DE CONCLUSIÓN

1. La STCFA *Lisboa* es, al margen de otras consideraciones, expresión radicalizada de una línea soberanista de jurisprudencia iuscomunitaria que trae causa del cambio de circunstancia política que, entre otros acontecimientos, resultara de la asunción de un estatuto normalizado de soberanía de la Alemania unificada que, de modo particularmente destacado, ha contribuido a caracterizar eso que aquí se llama la *Europa de entre siglos*.

2. Ese sustrato político ha podido incidir de forma no poco significativa tanto en el curso del trámite ordinario de los recursos acumulados como en el propio quehacer colegial de los magistrados integrantes de la Sala segunda del TCFA que, como en otras oca-

[32] Cfr. VP, en concreto, párrafos n.º 101 y 102, en donde se defiende la suficiencia de «*ersichtlicher, also klarer und eindeutiger, bzw. offensichtlicher Verstoss*».

siones, elude la discrepancia cuando se trata de declaraciones de principio, para explicitarla luego en supuestos de aplicación *ad casum*.

3. La plasmación jurídica de la modulación soberanista del parámetro de control de la cláusula Europa, ya apuntada en *Maastricht*, se confirma, y aun enfatiza, en *Lisboa*, al extremo de velar, en una perspectiva institucional tanto como en una normativa, lo específico de la integración que, mediante su contextualización iusinternacionalista, queda sumida en una genérica proyección exterior. Proyección esa pendiente, por su parte, de un esfuerzo de clarificación y diferenciación en la medida en que a los regímenes tradicionales se vienen sumando espacios iusinternacionales de generación de derechos derivados.

4. En la STCFA *Lisboa* se confirma la consideración como límite imponderable de una faceta sustantiva del derecho de participación democrática mediante elección de representantes a la que se anudan exigencias relativas a competencias y funciones estatales precisas al efecto de perpetuar la efectiva operatividad de los estándares constitucionales que habrían de mantener viva la democracia (nacional) alemana.

Que las dificultades para el proceso de integración derivadas de esa intensa exigencia formulada *ad intra Stato* pueden intensificar sus efectos si en una futura ocasión ese intangible estándar democrático viniera a proyectarse a la UE es cosa clara. Que vaya ello a ocurrir en un futuro inmediato es más que dudoso por razones diversas de las que, en buena medida, ya se ha dado cuenta.

5. En otro plano, de casuística ponderación, se sitúa la tarea de acotación del ámbito de responsabilidades atribuidas a la UE, una labor cuya garantía se ha querido reservar el TCFA, mediante configuración jurisprudencial de una subsidiaria competencia de control de actuaciones en exceso o ultra vires formulada de un modo impreciso, por determinar, como bien acredita el debate abierto a propósito en su seno.

La Unión Europea en el espejo de Lisboa

Agustín José Menéndez

INTRODUCCIÓN

§ 1. El cuestionamiento de la conformidad del Tratado de Lisboa a la Ley Fundamental Alemana, y el consiguiente proceso ante el Tribunal Constitucional del país germánico, suscitaron una gran expectativa en los círculos políticos y jurídicos europeos[2]. No se trataba tan sólo del fallo del defensor de la Constitución de uno de los principales estados de la Unión Europea, sino de la decisión del órgano que ha influido en mayor medida en el desarrollo del derecho constitucional europeo (ciertamente, junto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea)[3]. Y si bien era difícil imaginar que los

---

[1] Profesor Contratado Doctor Permanente I3, Universidad de León; este trabajo es parte del proyecto de investigación RECON, del Sexto Programa Marco de la Unión Europea. Correspondencia: *agustin.menendez@unileon.es*, *altiero.spinelli@gmail.com*

[2] Véanse 'Is the European Union Constitutional?', *Der Spiegel*, 10 de Febrero de 2009, disponible en *http://www.spiegel.de/international/germany/0,1518,606693,00.html*; y 'Germany's Constitutional Court: Judging Days', *The Economist*, 26 de Marzo de 2009, disponible en *http://www.economist.com/displayStory.cfm?Story_ID=E1_TPPSGNDQ*.

[3] Sobre la jurisprudencia europea previa del Tribunal, véase Antonio López Castillo, *Constitución e Integración*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996. Es de gran interés dado el papel institucional (al ocupar en la actualidad una de las Abogacías Generales del Tribunal de Justicia de la Unión

jueces de Karlsruhe decretasen la inconstitucionalidad del Tratado de Lisboa de forma directa (lo que bien podría haber hecho imposible la ratificación del mismo)[4], había claros indicios de que la sentencia reformularía significativamente la jurisprudencia constitucional alemana, de que la decisión sería abundantemente interpretativa de la forma y la manera en que el derecho constitucional europeo ha de ser entendido. Y así fue[5]. Los magistrados teutónicos no pusieron trabas insalvables a la entrada en vigor del Tratado. El fallo se limitó en su parte dispositiva a condicionar la ratificación a la modificación de la parcialmente inconstitucional ley de acompañamiento[6] en tanto que no garantizaba suficientemente las prerrogativas del Parlamento (o quizás más precisamente, su posición y dignidad institucional)[7]. Lo más significativo, con todo, es que los jueces reconsideraron en profundidad las relaciones entre el derecho constitucional nacional y el derecho de la Unión Europea. Sen-

---

Europea) el informe de Julianne Kokott, 'Report on Germany', en Anne Marie Slaughter, Alec Stone Sweet y Joseph Weiler (eds.), *European Courts and National Courts*, *Doctrine and Jurisprudence*, Oxford: Hart Publishers, 1997, pp. 77-129 y la secuela 'The Basic Law at 60: From 1949 to 2009: The Basic Law and European Integration', 11 (2009) *German Law Journal*, pp. 99-114.

[4] La declaración de inconstitucionalidad era altamente improbable aunque sólo fuera porque al hacerlo el Tribunal perdería la *auctoritas* que ejerce, más allá de sus competencias formales, sobre el desarrollo del marco constitucional de la integración europea en el conjunto de la Unión Europea. Sobre el «pluriempleo» esquizofrénico de los Tribunales Constitucionales nacionales vuelvo más tarde. Véanse §§65 y ss.

[5] Una concisa introducción a la misma puede encontrarse en la nota de Antonio López Castillo, 'Alemania en la Unión Europea a la luz de la «Sentencia-Lisboa» de 30 de junio de 2009 del Tribunal Constitucional Federal alemán', 29 (2009) *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 337-60.

[6] La norma nacional que decía reforzar y ampliar las competencias del Bundestag y el Bundesrat en materia de integración europea, especialmente en lo atinente a la implementación de las denominadas «pasarelas» del Tratado de Lisboa, las cláusulas que establecen el procedimiento que ha de seguirse para cambiar la mayoría necesaria para aprobar normas comunitarias en determinados ámbitos competenciales.

[7] Pars. 406 a 420 de la Sentencia.

tando de este modo un precedente fundamental y como veremos, profundamente controvertido.

§ 2. Tras un primer y breve suspiro de alivio de los defensores de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, comenzó a operar plenamente la ley de hierro de la crítica (*cuánto más incisiva sea la censura, mayor será la prisa por verla publicada*)[8]. De modo que no es exagerado afirmar que la doctrina comunitaria, liderada por profesores y académicos alemanes, y con buena parte de los continentales a rebufo, ha puesto en entredicho la *auctoritas* reconocida al Tribunal Constitucional alemán en asuntos europeos (ampliamente recuperada tras la borrasca de Maastricht)[9]. En particular, se ha reprochado a los jueces de Karlsruhe que su sentencia fije de forma un tanto arbitraria (y en cualquier caso arrogante) límites infranqueables a un proceso del que se dice es necesariamente dinámico como el de integración europea; que aplique una teoría constitucional de la Unión Europea ajena a la realidad jurídica de la misma y un tanto trasnochada desde una perspectiva teórico-política; y finalmente, que se haya arrogado poderes que no son propios de un órgano jurisdiccional.

§ 3. En este capítulo someteré a escrutinio estas tres líneas de crítica, y argumentaré esencialmente que aunque todas ellas contengan algo de verdad, resultan necesariamente exageradas porque cometen el pecado en modo alguno venial de ignorar el contexto constitucional de la decisión. Esta sentencia, como cualquier otra

[8] A critique in Joseph Weiler, 'The «Lisbon Urteil» and the Fast Food Culture', 20 (2009) *European Journal of International Law*, pp. 505-9.

[9] Especialmente significativo en tal sentido es el número monográfico del *German Law Journal* publicado literalmente semanas después del fallo y que ha tenido una amplia difusión en los círculos jurídico-comunitarios. Puede verse en *http://www.germanlawjournal.de/index.php?pageID=2&vol=10&no=8*. En materia de críticas a la Sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional Alemán, el texto ineludible es Joseph H. H. Weiler, 'Does Europe Need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision', 1 (1995) *European Law Journal*, pp. 219-58.

de un tribunal constitucional sobre un asunto de mínima envergadura, responde a cuestiones jurídicas y políticas que bien expresa, bien implícitamente han de ser tenidas en cuenta a la hora no sólo de entender el fallo, sino también de reconstruirlo sistemáticamente y de enjuiciarlo críticamente. Lo que no puede ser en modo alguno sorprendente dada la naturaleza híbrida (jurídica *y* política) de los Tribunales Constitucionales en la tradición «europea»[10].

En particular no cabe ofrecer ni una interpretación ni una evaluación cabal de la decisión sin tener en cuenta el preciso momento en la historia constitucional de la Unión Europea en la que se decide el litigio (tras el muy accidentado y problemático proceso Lisboa de reforma del derecho primario, y cuando las consecuencias jurídicas y políticas de la caracterización de las libertades económicas por el Tribunal de Justicia atraen la atención de los debates públicos nacionales, y del europeo en la medida en la que existe) ni la difícil posición institucional asignada a los tribunales constitucionales nacionales en el proceso de integración europea. Es necesario tener presente que los altos guardianes de la constitucionalidad nacional están inevitablemente desgarrados entre su explícita identidad constitucional nacional y la implícita asignación de funciones similares a escala europea, como parte del colectivo de defensores de la constitucionalidad europea. De igual forma, la caracterización de la teoría constitucional subyacente al fallo como inadecuada y trasnochada no tiene suficientemente en cuenta los mimbres que la sentencia ofrece para la reconstrucción de una teoría constitucional europea coherente y completa.

Sobre tal base, concluiré que la sentencia es susceptible de una

[10] Sobre el particular, véanse Francisco Rubio Llorente, '*Divide et obtempera*: Una reflexión desde España sobre el modelo de convergencia de jurisdicciones en la protección de derechos' 67 (2003) *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp.49-68; Marián Ahumada Ruiz, *La Jurisdicción Constitucional en Europa*, Madrid: Civitas, 2005; Víctor Ferreres Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values*, New Haven: Yale University Press, 2009.

interpretación distinta[11]; en concreto, sostendré que contribuye a establecer un marco teórico en el que pueden resolverse un buen número de los problemas más complejos del derecho constitucional europeo. Lo que no es óbice para poner de relieve que el fallo Lisboa tiene graves deficiencias (muy especialmente, las tesis acerca del quinteto de competencias irrenunciables de los Estados Miembros y la ambi-

[11] Con ello no me adhiero a la afirmación (un tanto banal, al tiempo que errónea) de que las sentencias, una vez dictadas, dejan de ser propiedad de los Tribunales y pasan a serlo del público en general (parte fundamental del cual se asume aunque no se diga son los profesionales del derecho y los juristas académicos). El carácter erróneo de esta afirmación debería ser obvio, dado que los jueces tienen algo más que el mero poder de crítica del que disponen los académicos. No me parece que sea acertado concluir de forma simplista que el derecho es aquello que los jueces dicen que sea, pero sería igual de poco apropiado sostener que el derecho es aquello que los juristas hacemos de él. Siempre pueden dictar una nueva sentencia, modificando, precisando o ahondado en lo dicho en el fallo Lisboa, lo que me parece no entra dentro de las competencias ni del público ni de los profesores universitarios; ni debe hacerlo en un sistema democrático. Ni siquiera en los sistemas en los que una vez era normal que los jueces solicitaran opiniones y dictámenes a los académicos (la famosa institución del *Aktenversendung*). Sobre este último y el papel que desempeñó en la sistematización del derecho en Alemania, véase Harold J. Berman, *Law and Revolution II*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 68. Al proponer una interpretación alternativa me limito sencillamente a situar el fallo tanto en el contexto de la práctica social de interpretación y aplicación del derecho constitucional europeo, en la que las instituciones (legislativas y judiciales) tienen un papel fundamental, y que en modo alguno se inició (y esperemos no acabe) con la sentencia Lisboa. Lo que es en cierto modo otra banalidad, pero ésta es al menos a mi juicio correcta. Un entendimiento distinto de lo dicho en esta decisión se desprende de una interpretación sistemática del fallo a la luz de la práctica constitucional europea, y en concreto, del núcleo central de la misma: la reconciliación del principio de primacía de la constitución y del mandato de integración supranacional, ambos parte esencial de la identidad constitucional de todos los Estados Miembros. Sobre tales bases es posible ofrecer una interpretación que concilia la defensa del derecho constitucional democrático como medio de integración social con la articulación de una teoría constitucional europea coherente y completa. A lo que me referiré en la segunda sección de este capítulo como la interpretación *sintética* de la teoría constitucional del Tribunal alemán.

valente caracterización del derecho de secesión) ni para criticar que el Tribunal se arrogue el papel que implícitamente reclama al dictar esta sentencia; y no sólo porque pueda ser contraproducente desde una perspectiva democrática, sino también porque bien podría ser corrosivo de la legitimidad del propio Tribunal (como quizá tengamos ocasión de verificar en los meses venideros)[12].

Es por todo ello que el capítulo ha de ser visto no tanto como una *defensa* del fallo Lisboa del Tribunal Constitucional Alemán, sino, antes al contrario, como un intento de reconstruir en clave constitucional una decisión larga y compleja (y por tanto inevitablemente contradictoria en algunos de sus aspectos); y hacerlo desde el *favor integrationis*, no tanto por sentimiento o escrúpulo europeísta, sino en atención a lo que las propias constituciones europeas afirman y la práctica constitucional democrática consagra[13].

[12] En mayo de 2010, el Tribunal Constitucional Alemán rechazó adoptar medidas cautelares que hubieran impedido el rescate financiero de Grecia, y solicitadas en el contexto de un recurso de amparo de su derecho a la propiedad privada planteado por cinco académicos en los que se cuestionaba la constitucionalidad de la participación alemana en el plan de rescate griego (e implícitamente, en cualquier mecanismo bilateral o multilateral de ayuda financiera en el interior de la zona euro), a la vista de lo dispuesto en los Tratados, y de las exigencias constitucionales internas a la transferencia de la política monetaria a la Unión Europea destacas en Maastricht y Lisboa. Queda aún por ver cuál sea el fallo definitivo del Tribunal en el asunto. El Gobierno alemán ha sostenido en público que lo acordado en Mayo de 2010 no es estrictamente hablando un mecanismo institucional, sino una solución coyuntural, de carácter bilateral y temporal. Sin embargo, la presión constante del gobierno alemán en pro de una reforma de los Tratados que institucionalice la nueva estructura trae causa del temor de que el *Bundesverfassungsgericht* declare que el rescate está *ultra vires,* dado que en los Tratados se afirma expresamente el carácter nacional e intransferible de la deuda pública de los Estados Miembros. Sobre los límites constitucionales a la evolución de la unión monetaria, véase López Castillo, *supra*, nota 5 (2009), p. 344. Véase también la coda a este trabajo.

[13] Jörg Luther, 'El constitucionalista europeo como observador participante de la democracia europea', 12 (2009) *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, disponible en *http://www.ugr.es/~redce/REDCE12/articulos/03Luther.htm*

En resumen y dicho de forma gráfica, este capítulo pretende que junto al árbol de las críticas a la sentencia, el lector tenga en cuenta el bosque de la problemática constitucional europea.

§ 4. Quizá sea pertinente hacer plenamente explícito que me ocupo y preocupo de la sentencia desde una perspectiva europea y no tanto alemana. Y ello no sólo debido a la ignorancia del autor, que es grande y no sólo en lo relativo a la historia, la lengua y el presente del derecho constitucional teutón, sino también porque una decisión de este tipo se presta a, y requiere, un estudio desde una perspectiva europea. El grado de integración jurídica, política y económica en Europa hace ilusorio pensar que el fallo de un tribunal constitucional nacional sobre cuestiones como las que se ventilaban en este procedimiento pueda ser caracterizada como exclusivamente nacional. Hace mucho tiempo que la práctica social de interpretación del derecho comunitario ha dejado de ser puramente nacional. Como lo prueba el hecho de que una sentencia de un Tribunal Constitucional nacional merezca no sólo atención y comentarios *europeos*, sino que sea sistemáticamente interpretada como un fallo que atañe directamente a todos los sistemas jurídicos nacionales, aunque no seamos alemanes ni tengamos intenciones de trasladarnos o hacer negocios en el país germano[14].

I. LÍMITES Y CORTAPISAS A LA INTEGRACIÓN VS. DEFENSA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO MEDIO DE INTEGRACIÓN SOCIAL

§ 5. La primera línea de crítica al fallo Lisboa consiste en la caracterización de la sentencia como una rémora nacionalista al proceso de integración europeo. Los jueces de Karlsruhe habrían dictado una decisión que no sólo identifica el Tratado de Lisboa

[14] Paradójicamente la primera oleada de crítica al Tribunal Constitucional alemán no ha sido capaz de detectar en qué medida la sentencia articulaba un discurso constitucional europeo llevada de las anteojeras de la acusación de que el Tribunal había incurrido en una regresión nacionalista.

con el *non plus ultra* del proceso de integración[15], sino que hace inviable la transformación federal de la Unión[16]. Al hacerlo habrían inutilizado los principales mecanismos dinamizadores del proceso de integración, con graves consecuencias políticas y jurídicas[17]. Y habrían descuidado las consecuencias sistemáticas de su decisión en el caso de que fuera *generalizada* al conjunto de la Unión Europea (de ahí la acusación de *mal de hibris,* si se me permite el helenismo)[18]. Esta línea de crítica sitúa la sentencia en el marco *cultural* del ascenso de concepciones políticas nacionalistas en Alemania, especialmente peligrosas si el principal motor político y económico de la Unión termina viéndose asimismo como una «gran» Suiza y abdicando de sus responsabilidades continentales[19].

---

[15] Dimitrios Doukas, 'The verdict of the German Constitutional Court on the Lisbon Treaty: Not guilty, but don't do it again!', 34 (2009) *European Law Review*, pp. 866-888; Cristoph Schonberger, 'Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones at Sea' (2009) 10 *German Law Journal* pp. 1201-1218, especialmente p. 1207, 1208; *Philipp Kiiver,* ' German Participation in EU Decision's Making after the Lisbon Case: A Comparative View on Domestic Parliamentary Clearance Procedures', 10 (2009) *German Law Journal*, pp. 1287-96. Quizá sería más apropiado, descriptivo y sarcástico hablar de *ultima thula* de la integración en estos días de crisis monetaria, financiera y política de la zona Euro, y por ende, de la Unión Europea, *pese* a las reformas del Tratado de Lisboa.

[16] Daniel Halberstam y Christoph Möllers, 'The German Constitutional Court says «Ja zu Deutschland!», 10 (2009) German Law Journal, pp. 1241-1257, p. 1256, concluyen que la interpretación de la garantía de perpetuidad impide la transformación federal de la Unión Europea.

[17] Mario P. Chiti, Am Deutschen Volke, 7 (2009) *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 4-9. Schonberger, *supra*, nota 15, p. 1216 afirma que el Tribunal abdica de su obligación de contribuir positivamente al proceso de integración europea, y se limita a erigir frenos y hacer de cortapisa.

[18] Alfred Grosser, 'The Federal Constitutional Court's Lisbon Case: Germany's «Sonderweg» An Outsider's Perspective', 10 (2009) *German Law Journal*, pp. 1263-66.

[19] Ulrich Beck, 'Non à l'Allemagne du repli', *Le Monde*, 10 April 2010, available at *http://www.lemonde.fr/opinions/article/2010/04/10/non-a-l-allemagne-du-repli-par-ulrich-beck_1331666_3232.html*

§ 6. Sin poner en duda que esta línea de crítica tiene un cierto mérito, cabe replicar que constituye un claro ejemplo de la desconsideración del contexto constitucional en el que se dicta la sentencia. En particular no cabe olvidar que el objeto del recurso era la constitucionalidad de un Tratado específico fruto de un procedimiento de reforma bien concreto, que se produce en un momento determinado de la evolución del derecho comunitario (y especialmente, como veremos, de sus libertades económicas).

Es por ello que propongo al lector reinterpretar la sentencia asumiendo dos premisas que no forman parte de la *ratio decidendi formal* del Tribunal, pero que reflejan aspectos problemáticos de la evolución del proceso de integración en las últimas dos décadas[20]. Si así hacemos, en lugar de rémora a la integración tenderemos a ver en el fondo del fallo un juicio político (acertado o erróneo) acerca de dos riesgos constitucionales implícitos en la trayectoria de la Unión «pre» y «post» Lisboa: (1) *la deriva gubernamental*, la apropiación del poder constituyente y político por la clase gubernamental europea[21], un fenómeno del que el proceso de elaboración del Tratado de Lisboa ofrece confirmación; y (2) *la deriva post-constitucional,* la trascendencia de los límites constitucionales competen-

[20] Ello implica que no estoy afirmando que los riesgos de deriva gubernamental y de desbordamiento competencial *motivaron causalmente* a los jueces del Tribunal Constitucional Alemán. Si eso fue así o no es algo que quizá no pueda saberse (quizá ni ellos mismos lo sepan, o para saberlo hayan de someterse a terapias psico-analíticas) o que sólo podamos aventurar cuando los jueces publiquen sus memorias o concedan entrevistas a historiadores y politólogos. Lo que estoy afirmando es meramente que (1) si reconstruimos la fundamentación de la sentencia incluyendo estas dos premisas, cabe interpretar de forma bien distinta la sentencia; (2) que ambas premisas son correctas, como argumento de forma detallada en el resto de la sección.

[21] Sigo la terminología muy apropiada de Hauke Brunkhorst. Véanse su 'Dialectical snares: human rights and democracy in the world society', 2 (2009) *Ethics and Global Politics*, pp. 219-39; 'The Future of the European Constitution' en Carlos Closa (ed.), *The Lisbon Treaty and National Constitutions*, Oslo: ARENA Report 3/09, pp. 167-77 y su conferencia 'Democracy under the pressure of global capitalism', disponible en *http://www.newschool.edu/eventDetail.aspx?id=49450*.

ciales y sustantivos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de libertades económicas. O dicho de otro modo: si el Tribunal Constitucional pone palos en las ruedas de la integración, al hacerlo defiende la idea misma de integración *mediante el derecho constitucional democrático* frente a las tentaciones autoritarias, tecnocráticas y economicistas que nos llevan a trascender la democracia a favor de esa cosa amorfa que hemos dado en llamar gobernanza[22]. A partir de una interpretación sistemática de ambos juicios y de otros elementos centrales de la sentencia, (3) concluyo que un eje central de la misma es la defensa del derecho constitucional democrático como medio de integración social. Pero también apunto (4) que hay elementos problemáticos en el argumento del Tribunal, y especialmente la (falta de) fundamentación del quinteto de competencias estatales irrenunciables y la caracterización del derecho de desistimiento o secesión en términos exageradamente unilaterales.

1. Los límites procesales y sustantivos a la integración derivados de la necesidad de preservar la estatalidad alemana y su garantía jurisdiccional

A) *La crítica*

§ 7. El fallo Lisboa ha sido tildado de rémora al proceso de integración en atención a que (1) hace explícito de forma reiterada que la trascendencia de la estatalidad alemana en un estadio posterior del proceso de integración (en la práctica, la federalización de la Unión Europea) requiere un *acto constituyente* del sujeto al que se imputa la legitimidad democrática en tales casos, *Nosotros el pueblo alemán*; (2) manifiesta que la garantía de perpetuidad no sólo opera como límite al proceso de integración *en la senda* por la

[22] Una definición parcialmente estipulativa del concepto de gobernanza en mi 'Governance and Constitutionalism in the European Order' en Patrick Birkinshaw and Mike Varney (eds.), *The European Union Legal Order after Lisbon*, Dordrecht: Kluwer Law International, 2010, pp. 65-90.

que actualmente discurre, sino que habría de proyectarse también a una eventual constitución federal europea; (3) reitera los mecanismos procesales mediante los que el Tribunal actúa como *garante* del respeto de estos límites (el control de constitucionalidad de las normas europeas en lo atinente a su respeto de los derechos fundamentales —enervado en los términos que consideraremos— y a la atribución de competencias; al tiempo que introduce un tercer control, el de respeto de la identidad constitucional nacional, ligado a la ya citada garantía de perpetuidad del Artículo 79.3 de la Constitución. Consideremos estos tres elementos del argumento del Tribunal de forma más detallada.

§ 8. El Tribunal Constitucional Alemán afirma de forma neta y clara que la trascendencia del patrón de integración derivado de los Tratados fundacionales (de lo que en la sección II caracterizaré como síntesis constitucional) requiere un acto constituyente, una decisión expresa por parte de los ciudadanos alemanes actuando en tanto que poder constituyente:

> «El art. 146 LFB formula, junto a las exigencias materiales del art. 23.1, frase 1 LFB, el límite más avanzado de la cooperación de la República Federal de Alemania en la integración europea. *Es solamente el poder constituyente* el competente para liberar al Estado constituido mediante la Ley Fundamental de Bonn, pero no el poder constituido»[23].
>
> «La Ley Fundamental no autoriza a las instituciones que actúan en nombre de Alemania a renunciar, al ingresar en un Estado federal, al derecho de autodeterminación del pueblo alemán en la forma de la soberanía de Derecho internacional de Alemania. *Dicho paso corresponde exclusivamente a la voluntad directamente expresada del pueblo alemán,* debido a la irrevocable transferencia de soberanía a un nuevo sujeto de legitimidad que implica»[24].

[23] Par. 179 de la Sentencia.

[24] Par. 228 de la Sentencia.

El carácter restrictivo de estos pasajes de la sentencia se confirma en la terminología de la que hace uso con frecuencia el Tribunal (la caracterización de la Unión Europea como una mera asociación de Estados, de las normas fundamentales de la Unión como una constitución funcional, o la equiparación de la autonomía institucional de la Unión con la propia de las agencias administrativas, términos sobre los que vuelvo en §§ 48 y 49).

§ 9. Asimismo, los jueces de Karlsruhe reafirman con contundencia la existencia de límites sustantivos al proceso de integración.

Como es bien sabido, a la pionera exigencia de respeto de los derechos fundamentales afirmados en la constitución alemana concretado en Solange I, el Tribunal había añadido el reclamo de cumplimiento del principio de atribución de competencias en el fallo Maastricht.

A esa anunciada disponibilidad de los jueces de Karlsruhe para controlar la constitucionalidad alemana de las normas europeas en lo que concierne al respeto de los derechos fundamentales (que sigue en suspenso dada la confianza en la equivalencia sustancial de la protección ofrecida por el derecho comunitario)[25] y del principio de atribución de competencias (y hemos de asumir, del quin-

[25] Par. 191 y 337 (aunque la asociación entre el quinteto de competencias irrenuncibles y la protección de los derechos fundamentales arroje algunas sombras). Posición esbozada en la sentencia Solange II y confirmada en Bananas. La proclamación solemne de la Carta de Derechos Fundamentales en 2000, y su incorporación (aunque con reparos varios, y muy especialmente los protocolos británico y polaco) al derecho primario de la Unión tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 han tenido una importante influencia sobre este particular. Cabe recordar tanto el papel fundamental que desempeñó en la Convención de la Carta Roman Herzog, ex Presidente tanto del Tribunal Constitucional como de la República Federal, como el contenido sustantivo de la misma, en modo alguno ajeno ni al texto de la Ley Fundamental alemana ni a la dogmática constitucional germana. Sobre el particular, me permito referirme a dos trabajos propios, 'Chartering Europe', 40 (2002) *Journal of Common Market Studies*, pp. 471-90 y 'Some Elements for a European Theory of Fundamental Rights' en Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen, *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht: Springer, 2006, pp. 155-84.

teto competencial exclusivamente nacional)[26] se añade ahora la disposición a perfilar un tercer tipo de control, atinente a la identidad constitucional nacional[27], ligada a la garantía de perpetuidad del artículo 79.3 de la Ley Fundamental; y de la que se deriva una cerrada defensa de un quinteto competencial estatal irrenunciable.

En primer lugar, el fallo Lisboa enfatiza la exigencia de respeto de la identidad constitucional nacional tal y como queda definida en el Artículo 79.3 de la Ley Fundamental (y por ende, en el Artículo 20 al que aquél se remite), sintetizando de este modo una expresión acuñada en el derecho constitucional europeo (el respeto de la identidad constitucional nacional) con la garantía de perpetuidad de la constitución germana):

> «El Tribunal Constitucional Federal comprueba además si el contenido esencial inviolable de la identidad constitucional de la Ley Fundamental es respetado de conformidad con el artículo 23.1 frase 3 en conexión con el artículo 79.3 LFB (...). El ejercicio de dicha competencia de control, que está basada en el Derecho constitucional, sigue el principio de apertura hacia el Derecho europeo de la Ley Fundamental, y no contradice por ello el principio de cooperación leal (artículo 4.3 TUE versión Lisboa); de otro modo, las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros soberanos, reconocidas en el artículo 4.2 frase 1 del TUE versión Lisboa, no podrían quedar protegidas en el proceso de progresiva integración. A este respecto, las garantías —tanto la de Derecho constitucional como la de Derecho de la Unión— de la identidad constitucional nacional van de la mano en el espacio jurídico europeo. El control de la identidad posibilita la verificación de si a consecuencia de la actuación de las instituciones europeas resultan lesionados los principios de los artículos 1 y 20 LFB, declarados intangibles en el artículo 79.3 LFB»[28].

[26] Par. 240 de la Sentencia.

[27] Par. 240 de la Sentencia.

[28] Par. 240 de la Sentencia.

Dado que el contenido del Artículo 79.3 se solapa parcialmente con el de los límites materiales ya asentados en la jurisprudencia de la corte alemana (la defensa de derechos fundamentales y límites competenciales), cabe pensar que la suma del mismo tiene un efecto aún más restrictivo del ámbito constitucionalmente posible en el que puede moverse el derecho comunitario.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional Alemán define el núcleo irrenunciable de la soberanía estatal mediante referencia a un quinteto de competencias irrenunciables de los Estados Miembros. El argumento de los jueces de Karlsruhe se estructura en dos pasos.

En un primer estadio se reitera el principio ya asentado en la jurisprudencia constitucional tudesca según el cual la integración supranacional no debe conducir al vaciamiento sustantivo de la vida política nacional. Lo que exige que los poderes de los Estados Miembros sean lo suficientemente relevantes (específicamente en lo que atañe a la «las condiciones de vida económicas, culturales y sociales») como para fomentar la participación política de los ciudadanos en procesos genuinamente políticos (o lo que es lo mismo, en un «espacio político público estructurado por la política de partidos y el parlamento»). Lo que se justifica mediante referencia tanto a la protección de los derechos fundamentales —que aquí hay que entender como esencialmente *civiles y políticos*— como al mantenimiento de una identidad colectiva, en tanto que determinadas decisiones políticas sólo tienen sentido y son posibles cuando se apoyan en una sentimiento colectivo, un «we-feeling» ligado a una cultura, historia y/o lenguas comunes:

> La unificación europea, que descansa sobre la base de una unión, mediante tratados internacionales, de Estados soberanos, no puede en todo caso ser llevada a cabo de modo tal que los Estados miembros no conserven espacio suficiente para la ordenación política de las condiciones de vida económicas, culturales y sociales. Esto es especialmente aplicable a los ámbitos materiales que impregnan las circunstancias vitales de los ciudadanos, sobre todo su ámbito privado de responsabilidad per-

sonal y de seguridad personal y social, que están protegidos por los derechos fundamentales, así como a aquellas decisiones políticas que dependen de forma especial de presupuestos culturales, históricos y lingüísticos, y que se desarrollan a través de debates en un espacio político público estructurado por la política de partidos y el parlamento. Ámbitos fundamentales de conformación democrática son, entre otros, la ciudadanía estatal, el monopolio de la fuerza civil y militar, los ingresos y los gastos incluyendo el endeudamiento, así como los supuestos de vulneración que son relevantes para la realización de los derechos fundamentales, en especial en caso de injerencias de gran intensidad, tales como la privación de libertad en el ámbito del Derecho penal o las medidas de internamiento. Entre dichos ámbitos materiales se cuentan también las cuestiones culturales, como las decisiones sobre la lengua, la conformación de las relaciones familiares y educativas, la ordenación de la libertad de opinión, prensa y reunión, o el tratamiento de las creencias religiosas o de las posiciones ideológicas[29].

«Tanto el principio democrático como el principio de subsidiariedad, también estructuralmente exigido por el artículo 23.1 frase 1 LFB, exigen por ello, precisamente en los ámbitos políticos centrales del espacio del desarrollo personal y de determinación social de las condiciones de vida, limitar materialmente, en forma predecible, la transferencia y el ejercicio de derechos de soberanía a la Unión Europea[30].

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Alemán hace referencia explícita a que tales exigencias han de ser ponderadas con la necesidad de contar con una normativa supranacional en aquellos asuntos que tienen una clara dimensión comunitaria o transfronteriza:

En dichos ámbitos se plantea particularmente la posibilidad de trazar una línea divisoria allí donde resulta materialmente necesaria la coordinación de circunstancias con una dimensión transfronteriza»[31].

---

[29] Par. 249 de la Sentencia.
[30] Par. 251 de la Sentencia.
[31] Par. 251 de la Sentencia.

Es por ello que en este primer estadio el Tribunal se limita a reiterar los principios que han de ser tenido en cuenta a la hora de articular una división competencial respetuosa con la persistencia política y democrática de los Estados Miembros de la Unión Europea. Sin predeterminar el modo y la manera en que tales principios hayan de concretarse, cómo hayan de aplicarse en casos concretos.

En el segundo paso en el que el Tribunal va más lejos y formula el referido quinteto competencial nuclear del Estado:

> «Desde siempre se han considerado como especialmente sensibles para la capacidad de un Estado constitucional de regirse a sí mismo de forma democrática las decisiones sobre el Derecho penal material y formal (1), la capacidad de disposición sobre el monopolio de la fuerza, con respecto a la policía en el interior, y al ejército en el exterior (2), las decisiones fiscales fundamentales sobre los ingresos y gastos públicos —en especial también los motivados por la política social— (3), la conformación de las condiciones de vida en un Estado social (4), así como las decisiones culturales especialmente relevantes, por ejemplo sobre el Derecho de familia, el sistema escolar y educativo o sobre las relaciones con las comunidades religiosas (5)[32].

Además la garantía de perpetuidad se constituye en el conjunto exclusivo de normas constitucionales *capaces* de limitar el proceso de integración incluso una vez que la estatalidad alemana haya sido trascendida. En efecto, el Tribunal parece afirmar que la trascendencia federal de los estados nacionales (específicamente en el caso de la sentencia, el alemán) exige no sólo un acto constituyente (como vimos en el parágrafo anterior), sino el respeto de los contenidos sustantivos protegidos por la garantía de perpetuidad del Artículo 79.3:

> Desde la perspectiva del principio democrático, la vulneración de la identidad constitucional establecida en el art. 79.3 LFB es al mismo tiempo una usurpación del poder constituyente del pue-

[32] Par. 252 de la Sentencia.

blo. El poder constituyente no ha dado a los representantes y órganos del pueblo mandato alguno para poder disponer sobre la identidad constitucional. No se ha dado a ningún órgano constitucional la competencia para modificar los principios constitucionales que el art. 79.3 LFB establece como fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal vela por ello. Mediante la así llamada garantía de perpetuidad, la Ley Fundamental reacciona por un lado frente a las experiencias históricas de vaciamiento velado o abrupto de la esencia liberal de un ordenamiento fundamental democrático. Pero también pone de relieve que la Constitución de los alemanes posee, en consonancia con la evolución internacional, precisamente también desde la existencia de las Naciones Unidas, un fundamento universal, que no debe ser modificable por el Derecho positivo[33].

§ 10. Además el Tribunal sugiere al legislador la posibilidad de establecer un recurso jurisdiccional específico para hacer efectivo tanto el control de identidad constitucional como el *ultra vires*[34]:

> «Para proteger la viabilidad del ordenamiento jurídico comunitario, la aplicación del Derecho constitucional abierta al Derecho europeo requiere, desde la consideración del precepto jurídico contenido en el artículo 100.1 LFB, que tanto un control *ultra vires* como el control de una vulneración de la identidad constitucional correspondan en exclusiva al Tribunal Constitucional Federal. No resulta ahora necesario decidir en qué tipo de procedimientos en concreto puede el Tribunal Constitucional Federal ejercer este control. Puede tomarse en consideración el recurso a procedimientos ya existentes, como son el control de normas abstracto (artículo 93.1.2 LFB) y concreto (artículo 100.1 LFB), el

[33] Par. 218 de la Sentencia.

[34] Jacques Ziller, 'The German Constitutional Court's Friendliness towards European Law- On the Judgment of Bundesverfassungsgericht over the Ratification of the Treaty of Lisbon', 16 (2010) *European Public Law*, pp. 53-73, p. 64 da cuenta de que el legislador alemán no recogió el guante lanzado por el Tribunal, y ha optado por limitarse a reducir el número de parlamentarios necesarios para plantear recursos de inconstitucionalidad impugnando cualquier tipo de acto normativo (y no sólo los comunitarios).

conflicto entre órganos (artículo 93.1.1 LFB), el conflicto entre la Federación y los Länder (artículo 93.1.3 LFB) y el recurso de amparo (artículo 93.1.4.a LFB). Pero también es plausible la creación por el legislador de un procedimiento adicional y específico ante la jurisdicción constitucional para el control *ultra vires* y para el control de identidad, para asegurar el deber de las instituciones alemanas de dejar sin aplicar en casos concretos las normas jurídicas de la Unión que sobrepasen sus competencias o que vulneren la identidad[35].

§ 11. Finalmente, el fallo Lisboa caracteriza al derecho de secesión enunciado en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea como garantía última de los límites procesales y sustantivos de la integración europea. En particular, conviene detenerse en la afirmación de que tal derecho es esencialmente una prerrogativa *unilateral* de los Estados Miembros, que incluso una vez realizado el mandato constitucional de integración con la ratificación de los Tratados fundacionales, conservarían la facultad de renunciar a su condición de Estados Miembros en cualquier momento:

> «Por dicho motivo —independientemente del compromiso de carácter indefinido adquirido mediante los tratados—, la retirada del proceso de integración europea no puede impedirse por otros Estados miembros ni por el poder autónomo de la Unión. No se trata de una secesión —problemática desde un punto de vista del Derecho internacional— de una *Staatsverband* [asociación de Estados] (...), sino solamente de la salida de una *Staatenverbund* [unión de Estados] construida sobre el principio del compromiso propio reversible»[36].

[35] Par. 241 de la Sentencia.

[36] Par. 233 de la Sentencia. Que es especialmente revelador a la luz de lo que se dice en los párrafos inmediatamente precedentes: «Incluso, un proceso de amplio alcance de progresiva autonomía de soberanía política para la Unión Europea, a través del reconocimiento de competencias cada vez más numerosas, y de una superación paulatina de las exigencias de unanimidad todavía existentes o de las todavía vigentes regulaciones de la igualdad entre Estados, solamente puede producirse, desde la perspectiva del Derecho constitucional

B) *El contexto (1): el riesgo de apropiación del poder constituyente por el colectivo de gobiernos europeos: El proceso de Lisboa en el trasfondo del fallo del Tribunal Constitucional Alemán*

§ 12. La primera premisa implícita del fallo Lisboa es que existe un grave riesgo de arrogación de poder por parte de la clase gubernamental europea, peligro quizá inherente a la senda constitucional por la que ha venido trascurriendo la integración europea[37], pero que se habría manifestado de forma virulenta en el complejo proceso de reforma del derecho primario iniciado con la Declaración de Laeken de 2001 y concluido con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en Diciembre de 2009. Lo alambicado y prolongado del citado proceso me obliga a (a) fatigar al lector con una prolija descripción del proceso de reforma «Laeken-Lisboa», que sin embargo es en buena medida necesaria si se quiere situar el fallo en su contexto; para después (b) derivar cuáles son las consecuencias constitucionales de esta particular senda de reforma constitucional. La tesis que sostendré sobre el particular es que las críticas dirigidas a los jueces constitucionales alemanes no tienen en cuenta la medida en la que el fallo es un mero espejo en el que se refleja la realidad constitucional del proceso Laeken-Lisboa y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

a) La larga marcha constitucional de Laeken a Lisboa

§ 13. Como es bien sabido, la Unión ha estado inmersa en un largo proceso de reforma estructural en los últimos treinta

alemán, desde la libertad de acción del pueblo autodeterminado. Tales avances en la integración deben, en razón de la Constitución, estar objetivamente limitados mediante el acto de transferencia y ser por principio revocables».

[37] Véase al respecto la ya añeja crítica de Svein S. Andersen y Tom R. Burns, 'The European Union and the Erosion of Parliamentary Democracy: A Study of Post-Parliamentary Governance' en Svein S. Andersen y Kjell A. Eliassen (eds.) *The European Union: How Democratic is it?*, London: Sage, 1996, pp. 277-52, que se hace eco de la amplia literatura sobre el «executive dominance» resultante del proceso de integración.

años[38]. Durante dos décadas, el carácter y trascendencia constitucional de las reformas se mantuvo esencialmente implícito, con resultados limitados. Pese al número considerable de Tratados de reforma aprobados (el Acta Única Europea, el Tratado de Maastricht, el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Niza), y pese a los abultados cambios introducidos en la estructura y la sustancia del derecho primario mediante los citados documentos legales, a finales del siglo pasado persistía la percepción generalizada de que el proceso de reforma distaba de haber procurado una forma estable a la Unión[39]. No sólo había buenas razones para pensar que la estructura institucional, el acervo competencial y el proceso de toma de decisiones de la Unión no eran los adecuados para asegurar la estabilidad de la Unión, especialmente ante la perspectiva de una numerosa ampliación de sus Estados Miembros (verificada en 2004 y 2007), sino que la legitimidad democrática de la estructura constitucional material de la Unión seguía siendo profundamente problemática[40].

Es en este contexto en el que se abre el episodio de reforma constitucional cuyo fruto jurídico positivo (y un tanto amargo) es el Tratado de Lisboa.

§ 14. La Declaración de Laeken de 2001 sirvió de «señal constituyente», de pistoletazo (institucional) de salida a un proceso de reforma con un marcado y explícito *élan* constitucional. En las palabras de un actor destacado, el entonces Ministro de Asuntos Exteriores alemán, Joschka Fischer, el objetivo era escribir una Cons-

[38] Una versión más amplia y detallada de esta sección puede leerse en John Erik Fossum y Agustín José Menéndez, 'Los ciudadanos europeos ¿autores de su constitución o sujetos pasivos de una constitucionalización impuesta?, en Hans Jörg Trenz, Agustín José Menéndez y Fernando Losada, *¿Y por fin somos europeos? La Comunicación Política en el Debate Constituyente Europeo*, Madrid: Dykinson, 2008, pp. 23-73.

[39] De lo que es prueba la Declaración 23 aneja al Tratado de Niza, eco del discurso de Fischer al que se hace referencia en la nota siguiente.

[40] Véase por ejemplo Philippe Schmitter, *How to democratise the European Union, and why bother?*, Landham and Oxford: Rowman and Littlefield, 2000.

titución que mereciera tal nombre, o lo que es lo mismo, una constitución *en el mismo sentido* que la Ley Fundamental Alemana (o de igual modo, que la Constitución italiana o húngara)[41]. De ahí la decisión de *articular la fase de preparación del borrador* en torno a una Convención, una de las figuras institucionales más cercanas en la historia constitucional de la Unión a una asamblea constituyente[42]. Y de ahí las múltiples discusiones y debates en la Convención, que recibieron una moderada pero sustancial atención en los medios de comunicación europeos[43]. Sin embargo, es conveniente tener presente que el impulso constitucional fue desde un principio

---

[41] En las palabras de Fischer: «Estas tres reformas —la solución al problema democrático y la necesidad de una reordenación fundamental de las competencias tanto horizontalmente, por ejemplo entre las instituciones europeas, como verticalmente, entre Europa, los estados nación y las regiones— sólo será posible que culmine con éxito si Europa es establecida de nuevo con una constitución. En otras palabras, mediante la realización del proyecto de una constitución europea centrada en los derechos básicos, humanos y civiles, una división de poderes entre las instituciones europeas y una delimitación precisa entre los niveles europeos y de los Estados miembros». En Christian Joerges, Christian, Yves Mény y Joseph H. H. Weiler (eds.), *What kind of constitution for what kind of polity? Responses to Joschka Fischer*, Florencia y Cambridge: Robert Schuman Centre y Harvard Law School, 2000, p. 23. Una recopilación de algunos de los discursos de dirigentes europeos en la estela del de Fischer puede encontrarse en Leonard, Mark (ed.) *The Future Shape of Europe*. Bruselas: Foreign Policy Centre, 2001. Véase también la edición trasatlántica de *Internationale Politik*. De entre los numerosos discursos, el de Jospin atrajo mucha atención: véase su *Ma vision de l'Europe et de la mondialisation*, París: Plon, 2001.

[42] Excepción hecha, claro está, de la Asamblea ad hoc de los primeros años cincuenta que redactara el *non nato* Tratado de Unión Política (R. Griffith, *Europe's First Constitution*, London: Kogan Page, 2000) y de la asunción de una función constituyente por parte del primer Parlamento Europeo elegido mediante sufragio universal en 1979 (Francesco Capotorti, Meinhard Hilf, Francis Jacobs y Jean Paul Jacqué (eds.), *The European Union Treaty*, Oxford: Oxford University Press, 1986; Juliet Lodge (ed.), *European Union, the European Community in search of a future*, London: MacMillan, 1986).

[43] Véase Trenz, Menéndez, Losada, *supra*, nota 38 así como Antoine Vauchez (ed.), *La Constitution européenne : élites, mobilisations, vote*, Bruxelles: Université de Bruxelles, 2007.

ambivalente, el *ethos* constituyente puesto en entredicho por un procedimiento que reservaba la última palabra acerca de la redacción del proyecto a una Conferencia Intergubernamental cortada por el consueto patrón diplomático. Tal diseño generó una presión nada despreciable sobre los miembros de la Convención, llevándoles a considerar como audiencia y destinatario natural de sus trabajos a los gobiernos y no a los ciudadanos europeos[44] (algo que tuvo un efecto nada despreciable sobre el texto, y que claramente no contribuyó a aumentar su popularidad). A ello se sumó la progresiva «colonización» de la Convención por los ministros de Asuntos Exteriores. Simbólica —al respecto— fue la decisión de los cancilleres alemán y francés de asumir personalmente la tarea de representantes gubernamentales en la Convención en las fases decisivas del trabajo de la misma (a partir de Septiembre de 2002)[45]. Contra las expectativas de algunos forjadores de opinión y europeístas cuyo reino no es de este mundo, la Conferencia Intergubernamental no se limitó a refrendar el texto elaborado por la Convención, sino que introdujo numerosos cambios, limando las esquinas más federalistas del proyecto. Y pese a ello, las llamadas «cuestiones institucionales», y más en concreto, las reglas relativas al cálculo de mayorías en el Consejo, hicieron imposible alcanzar un acuerdo rápido.

[44] John Erik Fossum, 'Contemporary European Constitution-Making: Reflexive or Constrained?' en Erik Oddvar Eriksen (ed.), *Making the European Polity*, London: Routledge, 2005, pp. 143-66.

[45] Los dos ministros presentaron varias propuestas conjuntas a la Convención: CONV 422/02, 'Propuestas conjuntas franco-alemanas para la Convención Europea en el ámbito de la política europea de seguridad y de defensa', disponible en *http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/02/cv00/cv00422.es02.pdf*; CONV 435/02, 'Propuestas franco-alemanas a la Convención Europea sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia', disponible en *http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/02/cv00/cv00435.es02.pdf*; CONV 470/02, 'Contribución conjunta franco-alemana sobre la gobernanza económica' *http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/02/cv00/cv00470.es02.pdf*. En el caso británico el representante gubernamental (Peter Hain) fue durante toda la Convención miembro del Gobierno. Paradójicamente, la representante del gobierno español, Ana Palacio, permutó su puesto con el representante suplente, el señor Dastís, tras ser nombrada Ministra de Asuntos Exteriores.

Esa fue la causa última (pero no la única)[46] del estruendoso y peculiar fracaso del Consejo Europeo de Diciembre de 2003[47]. Ello hizo necesario un semestre de cabildeos y negociaciones; tras varias componendas, y bajo la presidencia rotatoria irlandesa del Consejo de Ministros en la primavera de 2004, se consensuó el borrador definitivo del que comenzó a denominarse como «Tratado Constitucional»[48]. Del *ethos* constitucional primigenio quedaba el compro-

[46] El manejo de la Presidencia Italiana (con Berlusconi de Primer Ministro y Frattini de Ministro de Asuntos Exteriores) fue burlesco a la par que calamitoso. El Presidente del Consiglio dijo pocos días antes del Consejo tener un as en la manga que haría posible el acuerdo (‘Ho la proposta per fare nascere la Costituzione europea’, *Repubblica*, 10 de Diciembre de 2003, disponible en *http://www.repubblica.it/2003/j/sezioni/esteri/costeuropea/tasca/tasca.html*. A la vista de que Berlusconi no hizo ninguna propuesta sensacional, y que la Cumbre fracaso, cabe preguntarse si por as en la manga entendía las bromas chabacanas que prodigó en la cena del día 12 (‘In quotes: Berlusconi in his own words’, *http://news.bbc.co.uk/2/hi/3041288.stm*). En la literatura académica, véase Lucia Quaglia y Edward Moxon-Browne, ‘What makes a good EU Presidency? Italy and Ireland compared’, 44 (2006) *Journal of Common Market Studies*, pp. 349-68, quiénes pese al formalismo y neutralismo (cierto o pretendido) politológico, no pueden sino concluir que el agente individual (en este caso, Berlusconi) puede haber sido determinante de la inferior prestanza de la Presidencia Italiana comparada con la Irlandesa. Vid. También Ben Crum ‘The EU Presidency-Comparing the Italian and Irish Presidencies of the 2003-04 Intergovernmental Conference’, en Derek Beach y Colette Mazzucelli (eds.) *Leadership in the Big Bangs of European Integration,* London: Palgrave, 2007, pp.69-75.

[47] Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de 12 y 13 de Diciembre 2003 *http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=DOC/03/5&format=PDF&aged=1&language=ES&guiLanguage=es*.

[48] Véase Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de 25 y 26 de Marzo de 2004, puntos 3 y 4, disponible en *http://ec.europa.eu/external_relations/gac/pres_concl/march2004.pdf*; Addendum a las Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de 17 y 18 de Junio de 2004, disponible en *http://ec.europa.eu/councils/bx20040617/addendum_en.pdf*. El contenido del acuerdo se hizo también público, ‘IGC 2003- Meeting of Heads of State and Government’, de 17 y 18 de Junio de 2004, disponible en *http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=DOC/04/2&format=PDF&aged=1&language=EN&guiLanguage=en*. contiene el segundo grupo de modificacio-

miso de más de una decena de estados miembros y candidatos de someter el Tratado a un procedimiento de ratificación equivalente al de reforma constitucional (lo que en la mayor parte de los casos implicaba una consulta popular). Para entonces, el repetido y edificante espectáculo intergubernamental había dado pie a un cambio de tendencia en varios electorados europeos, que pronto se convirtió en firme trayectoria en Francia y en Holanda[49]. No deja de ser irónico que la estatura y dignidad constitucional del Tratado Constitucional acabara siendo reivindicada por el rechazo de los electorados francés y holandés. Sin entrar a valorar las causas profundas del voto negativo[50], el hecho de que el proceso de reforma fracasara

nes al último texto presentado por la Presidencia Italia antes del fracaso de Diciembre (CIG/50), a las que hay que añadir las contenidas en el (CIG/81). Un elenco completo de modificaciones fue publicado en *http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/misc/81109.pdf*.

[49] El primer Eurobarómetro especial sobre la opinión de los europeos acerca del Tratado Constitucional (basado en trabajo de campo de Noviembre de 2004) indicaba una mayoría clara del «sí», o lo que es lo mismo, que la posición por defecto del electorado era positiva (48% sí, 17% no) en Francia. Cf. 'The Future Constitutional Treaty. First Results', disponible en *http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs214_en_first.pdf*. Desde entonces, la mayoría entró en un lento pero constante declive. Todavía se mantenía en una relación 60 a 40 (con un 34% de indecisos) en el sondeo Ipsos de 3-4 de Marzo de 2005, disponible en *http://www.ipsos.fr/CanalIpsos/articles/1540.asp*. A finales de mes el «no» era ya mayoritario en la mayor parte de los sondeos (un análisis en *http://www.ipsos.fr/CanalIpsos/articles/1551.asp*). No es irrelevante que tales cambios se produjeran *pese* a que el aparato institucional de los principales partidos se pusiera al servicio del «sí», al tiempo que tal mensaje estaba claramente sobrerrepresentado (según estimaciones empíricas, en proporción 2 a 1 respecto del no, véase ; Sönke Maatsch, 'The Struggle to Control Meanings: The French Debate on the European Constitution in the Mass Media', 8 (2007) *Perspectives on European Politics and Society*, pp, 261-80). El triunfo del «peuple du non» se debió en buena medida a la organización sobre el terreno y al uso de la web. Véase sobre el particular el interesante estudio de Guilhem Fouetillou , 'Le web et le débat sur la constitution européenne en France', disponible en *http://www.observatoire-presidentielle.fr/?pageid=20*, que también aporta datos acerca del sesgo de los medios de comunicación tradicionales.

[50] Clásicas elaboraciones según las técnicas de los estudios de opinión en Ipsos, 'Référendum: le Non des classes actives, des classes populaires et

a manos de los ciudadanos, implicó no sólo la reafirmación de que los Estados Miembros eran los *señores* de los Tratados (en tanto que el veto de uno de ellos conduce a un fracaso de ratificación) sino sobre todo de que los ciudadanos eran los *señores* de los gobiernos nacionales, excluyendo un poder autónomo de señorío de los ejecutivos sobre los Tratados. El fracaso del Tratado Constitucional en las urnas francesas y holandesas, su rechazo popular, dificulta eludir la conclusión de que se produjo un rechazo expreso de la legitimidad democrática del Tratado Constitucional[51].

---

moyennes, et de gauche', disponible en *http://www.ipsos.fr/CanalIpsos/articles/1545.asp*; y en CSA, 'Le référendum sur le traité constitutionnel : Explication du vote et perspectives politiques', disponible en *http://www.csa-fr.com/dataset/data2005/opi20050529d.pdf*. Un análisis de *longue durée* en Perry Anderson, *The new old world*, Londres: Verso, 2009.

[51] Se ha argumentado reiteradamente que un fracaso de ratificación causado por un voto negativo en tan sólo dos Estados Miembros distaba de implicar que la única solución democrática fuera archivar el Tratado Constitucional. Y ello dado que el electorado había votado favorablemente en el caso español y luxemburgués. Y dado que las suma de votos plebiscitarios positivos en Francia, Holanda, España y Luxemburgo sería superior al de negativos (gracias a la amplia victoria del sí en España). Y a la vista de que una decena de Estados Miembros habría ratificado el Tratado Constitucional. Tal argumento es plausible *prima facie*, pero resulta ser falaz cuando se examina detenidamente. En primer lugar, es necesario recordar que las normas que «apoderaron» a la mayoría de ciudadanos franceses y holandés, tanto por lo que se refiere a la regla de unanimidad como a la ausencia de criterios «europeos» acerca de la fecha y procedimiento de ratificación en cada Estado Miembro, no sólo eran aplicables en virtud del derecho comunitario entonces vigente (los Tratados post-Niza) sino que hubieran seguido siendo los prevalentes si el Tratado Constitucional hubiese entrado en vigor. En segundo lugar, la operación de agregación es manifiestamente manipuladora, porque ignora que no es posible contar los votos de un buen número de países, en tanto que no llegaron a tomar una decisión al respecto. Para más inri, la secuencia del proceso de ratificación no era casual. Del mismo modo que hicieran los federalistas estadounidenses, la clase gubernamental europea había hecho lo posible para que los países donde el sí era a priori seguro sirvieran de avanzadilla. Al tiempo que los países donde el resultado era incierto postergaran la decisión (que en la mayoría de los casos se había ya decidido se tomaría tras referéndum). El calendario de ratificación habla por sí mismo: los países que nunca llegaron a tomar

§ 15. La reacción institucional tras el fracaso de ratificación del Tratado Constitucional fue confusa. Inicialmente las instituciones comunitarias (con el Presidente de la Comisión a la cabeza) y una parte de los líderes nacionales apostaron por desafiar la ley de

---

una decisión institucional sobre el Tratado Constitucional son aquellos en los que un voto negativo era pensable y en algún caso (Dinamarca, Reino Unido) probable. En tercer lugar, la operación de *suma* de votos ciudadanos es compleja, porque en ausencia de un procedimiento mínimamente común, los votos emitidos no pueden ser agregados sin más. Si se quiere hacer tal cosa, será necesario considerar al menos una neta y clara distinción en función de dos criterios: (a) cómo se caracterizara implícitamente al Tratado a la vista de la estructura del procedimiento de ratificación; mientras en algunos Estados el procedimiento de ratificación del Tratado tuvo rango constitucional, en tanto que se siguió el mismo curso que en el supuesto de una reforma constitucional; en otros, sin embargo, se decidió que la ratificación había de seguir la senda propia de un tratado internacional *ordinario*; (b) cuál fuera el grado de intensidad y profundidad del debate previo al voto, en tanto que la legitimidad democrática, y muy especialmente de un plebiscito, no depende exclusivamente del voto en cuanto tal, sino de la deliberación que le precede. En aplicación de estos dos parámetros, es bastante más plausible que la mayoría de votantes franceses y holandeses fuera representativa del ciudadano europeo medio que lo fueran las mayorías de votantes españoles y luxemburgueses. Y ello porque la duración, intensidad y calidad del debate es netamente superior en el caso francés (y en menor medida, en el holandés). De hecho, la discusión en el país vecino se prolongó desde el otoño de 2004 (avivado por el referéndum interno en el Partido Socialista y en *Les Verts)* hasta la fecha del plebiscito. La prolongación en el tiempo coadyuvó a que los argumentos a favor del sí y del no se contextualizaran, se refieran a cuestiones puntuales y concretas y no al mero manejo de símbolos. Ello se ha interpretado erróneamente como prueba de que el debate se centró en cuestiones puramente nacionales. Lo que no se compadece con la estructura empírica del mismo (cf. Sönke Maatsch, 'Struggling about meanings: the French debate on a European Constitution', ponencia presentada en el workshop «Constitutional Ratification Crisis: Exploring the European Public Sphere», Instituto Universitario Europeo, Florencia, 19-20 Mayo de 2006). Note el lector que no estoy defendiendo que los franceses tengan que decidir por todos los europeos, sino simplemente que si nos ponemos a hacer sumas que no son obvias, es preciso que lo hagamos de conformidad con parámetros transparentes y susceptibles de ser fundamentados argumentativamente.

la gravedad constitucional y apostar por la continuidad del proceso de ratificación, amparándose en la Declaración 30 aneja al Tratado Constitucional, en la que se establecía que si cuatro quintas partes de los Estados ratificasen el Tratado y se verificasen «dificultades» para alcanzar la unanimidad, el Consejo Europeo consideraría la situación[52]. Al tiempo que se acordaba abrir un proceso de reflexión de perfiles vagos y difusos, en el que la Comisión habría de desempeñar el papel de animadora[53]. En esta situación confusa, pero in-

[52] Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Consejo Europeo de 16 y 17 de Junio), disponible en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/85332.pdf: «Los recientes acontecimientos no ponen en tela de juicio la validez de la continuación de los procesos de ratificación. Hemos convenido en que el calendario de la ratificación en distintos Estados miembros se adaptará, en caso necesario, a la luz de estos acontecimientos y en función de las circunstancias en dichos Estados miembros». Al tiempo que afirmaban abrir un necesario período de reflexión: «Los ciudadanos, no obstante, han manifestado preocupaciones e inquietudes que hay que tener en cuenta. Resulta necesario, por lo tanto, emprender una reflexión común a este respecto.» En el argumentario de los europeístas inasequibles al desaliento figuraba la lista de Estados que habían ratificado tras el «no» franco-holandés: Malta, Chipre, Luxemburgo, Bélgica, Estonia y Finlandia —más los miembros *in pectore* Bulgaria y Rumanía (de todos ellos sólo tras un plebiscito en el caso luxemburgués, con un resultado bastante más apretado del previsto, pese al consenso de la clase política y de los medios de comunicación . Véase Pier Hausemer, 'Luxembourg's Referendum on the European Constitutional Treaty, 10 July 2005', disponible en *http://www.sussex.ac.uk/sei/documents/epern-rb_luxembourg_2005.pdf*). En el caso finlandés la ratificación se produjo ante la presión de varios Estados Miembros en atención a que Finlandia ocupó la Presidencia de turno en el segundo semestre de 2006 (y pese a ello sólo llegó al final de la propia Presidencia).

[53] De ahí el ocurrentemente denominado Plan D para la democracia, el diálogo y el debate. 'The Commission's contribution to the period of reflection and beyond: Plan-D for Democracy, Dialogue and Debate', COM (2005) 494 final, disponible en *http://ec.europa.eu/commission_barroso/wallstrom/pdf/communication_planD_en.pdf*. Que en buena medida también subyace al nuevo diseño de la política de comunicación de la Comisión hecho público meses después: «White Paper on a European Communication Policy', de 1 de

suficientemente solemne para ser calificada como saludable luto constitucional[54], se mantuvo la Unión Europea durante dieciocho meses[55]. En este período se gestaron dos rasgos centrales del proceso de Lisboa. En primer lugar, se abrió paso en los debates públicos la peculiar idea de que el fracaso de ratificación de Laeken se había debido a una politización excesiva del proceso, y que por tanto, sería apropiado volver al pragmatismo intergubernamental puro en la próxima ocasión de reforma[56]. En segundo lugar, se consolidó

Febrero de 2006, disponible en *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0035:FIN:EN:PDF*. Sobre la relación entre el período de reflexión y el Plan «D», véase Commission Communication to the European Council, 'The Period of reflection and Plan D', de 10 de Mayo de 2006, (2006) COM 212, disponible en *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0212en01.pdf*. Una crítica ácida (ciertamente *de* parte) en *The Hard Sell: EU Communication policy and the campaign for hearts and minds*, London: OpenEurope, 2008 y en 'The Political Economy of the Media at the root of EU's Democratic Deficit', en Ib Bondebjerg and Peter Madsen (ed.), *Media, Democracy and European Culture*, Intellect: Bristol and Chicago, pp. 25-48; Hans Jörg Trenz and Regina Vetters, 'No News from Brussels: Comment on the Commission's White Paper on a European Communication Policy'. *European Newsletter March/April 2006 of the Federal Trust for Education and Research*, pp. 3-4 disponible en *http://www.fedtrust.co.uk/admin/uploads/NewsMar06.pdf*.

[54] Los resultados del proceso de reflexión se recogen con lenguaje ampuloso en un informe de la Presidencia de 24 de Mayo de 2006 que en su conjunto es esencialmente penoso. Véase *http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st09/st09701-re01.en06.pdf*. De la lectura del informe se derivan profundos descubrimientos: «Little interest in EU institutional questions, but great interest in issues that affect citizens' daily life (página 4)» o «Particular interest in: — opportunities offered by EU membership (in new MS); — the EU's role in promoting peace and prosperity (in a number of MS)» (página 5).

[55] Sobre la comunicación política y el debate público en este período, véase Hans Jörg Trenz y Ulrike Liebert, 'Mass Media and Contested Politics. EU Constitutional Politics after Popular Rejection', Working Paper Robert Schuman Centre, 2008/28, disponible en *http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/9147/1/RSCAS_2008_28.pdf*

[56] En el ámbito academico, véase Andrew Moravcsik, 'What Can We Learn from the Collapse of the European Constitutional Project?', 47 (2006) Politische Vierteljahresschrift, pp. 219-41, 'The European Constitutional Settlement',

progresivamente la percepción de que la ausencia de reformas institucionales estaba sumiendo a la Unión en un nuevo periodo de parálisis, a causa del grave desajuste entre las viejas estructuras constitucionales y la abultada membrecía actual. Y pese a que tales discursos competían con otras explicaciones derivadas de distintas visiones acerca de que fuera y debiera de llegar a ser la Unión Europea[57]. En cualquier caso, el escepticismo acerca de una solución *constituyente* parecía mayoritario a la vista de las opiniones expresadas en los medios de comunicación.

(2008) *The World* Economy, pp. 157-82 y 'The Myth of Europe's «Democratic Deficit»', (2008) *Intereconomics: Journal of European Economic Policy,* pp. 331-40. Olvidando de esta forma que el recurso a un proceso quasi-constituyente había sido propuesto como método para huir de la ineficacia creciente del procedimiento intergubernmental, no sólo percibido como fuente de la insuficiente legitimidad democrática de la Unión Europea, sino como causa de la ineficiencia reformadora de la Unión.

[57] El discurso de Oxford de Tony Blair, leído en el European Studies Centre, St Anthony's College, de 2 de Febrero de 2006, disponible en *http://www.sant.ox.ac.uk/esc/docs/blair_speech.pdf*: «The best example lies in the debate over Europe's Constitution. We spent 2 or 3 years in an intense institutional debate. Giscard, with characteristic brilliance, negotiated a solution. There was only one drawback. Apart from better rules of internal governance, no-one in Europe knew what it was meant to solve. As the problems of the citizen grew ever more pressing, instead of bold policy reform and decisive change, we locked ourselves in a room at the top of the tower and debated things no ordinary citizen could understand. And yet I remind you the Constitution was launched under the title of 'Bringing Europe closer to its citizens'. Worse, there became a growing mood amongst European people, that Europe, unable to solve its actual problems, took to solving imaginary ones: by regulation no-one wanted, implemented in ways everyone hated. This finally took grip when France and Holland voted no. The evening of the French result, I remember being in Italy with friends, and someone saying, in despair at the vote: 'what's wrong with them?' meaning those who voted 'no'. I said 'I'm afraid the question is: 'what's wrong with us?' meaning 'us' the collective political leadership of Europe». Véase también George Ross, 'What do «Europeans» Think? Analyses of the European Union's Current Crisis by European Elites', 46 (2008) *Journal of Common Market Studies*, pp. 389-412.

§ 16. Una primera decisión preliminar de reapertura del proceso de reforma fue tomada en el Consejo Europeo de Julio de 2006, con la vista puesta en la Presidencia semestral alemana de la primera mitad del año siguiente[58].

Con el inicio efectivo del turno alemán se consolidó la voluntad de la clase gubernamental de cerrar el proceso de reflexión y «resolver» la crisis de ratificación del Tratado Constitucional. Pronto se optó por abandonar el proceso de ratificación del Tratado Constitucional y comenzar los contactos bilaterales y multilaterales para redactar un «nuevo» borrador de un «nuevo» instrumento[59]. Doblemente «nuevo» entre comillas porque se impuso la doble estrategia de la que Sarkozy fuera primer abanderado[60], es decir, la de «reciclar» partes del Tratado Constitucional en un simple Tratado de Reforma. Ello implicaba reproducir buena parte del Tratado Constitucional, pero en un envase *explícitamente no constitucional*. De ahí que se eliminaran todos los símbolos y disposiciones propias de una norma constitucional (desde la propia denominación, al preám-

---

[58] Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de 15 y 16 de Junio de 2006, disponible en *http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/90111.pdf*.

[59] Véase 'Speech by Angela Merkel, Chancellor of the Federal Republic of Germany, to the European Parliament in Strasbourg on Wednesday', de 17 de Enero de 2007, disponible en

http://www.eu2007.de/en/News/Speeches_Interviews/January/Rede_Bundeskanzlerin2.html: «The phase of reflection is over. Our task now is to prepare new decisions by June. I intend to strive to ensure that at the end of the German Presidency a road map setting the way forward for the constitutional treaty can be adopted.» Véase 'Merkel advierte de que sin Constitución Europea no habrá más ampliaciones', *El País*, 18 de Enero de 2007, disponible en *http://www.elpais.com/articulo/portada/Merkel/advierte/Constitucion/europea/habra/ampliaciones/UE/elpepipri/20070118elpepipor_5/Tes*.

[60] Sarkozy (entonces Ministro del Interior del Gobierno Villepin y candidato al Elíseo) desarrolló sus ideas en dos discursos, el primero de 16 Febrero de 2006 (*http://www.botschaft-frankreich.de/IMG/sarkozy_europa_berlin_fr.pdf*), el segundo de Septiembre de 2006 (véase 'Sarkozy propose un «minitraité européen» avant fin 2008'), *Le Figaro*, 9 de Septiembre de 2006, *http://www.robert-schuman.eu/doc/actualites/discours_2006-09-08.pdf*).

bulo, pasando por la simbología estatal de himno y bandera, la caracterización de reglamentos y directivas como leyes, así como la ubicación en el texto principal de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión)[61]. En términos procedimentales, los Estados Miembros operaron bajo el acuerdo tácito de eludir no sólo los *referenda*, sino en la medida de lo posible toda discusión fuertemente politizada[62].

La Presidencia alemana hizo público un borrador a finales de Mayo[63]. Sobre la base del mismo, y tras la puesta en escena de una ardua negociación a altas horas de la madrugada con rasgos de

---

[61] En los terminus de Valery Giscard d'Estaing, *The Independent*, 30 de Septiembre de 2007: «The difference between the original Constitution and the present Lisbon Treaty is one of approach, rather than content (...)the proposals in the original constitutional treaty are practically unchanged. They have simply been dispersed through old treaties in the form of amendments. Why this subtle change? Above all, to head off any threat of referenda by avoiding any form of constitutional vocabulary», disponible en *http://www.independent.co.uk/opinion/commentators/valeacutery-giscard-destaing-the-eu-treaty-is-the-sa%0d%0a%0d%0ame-as-the-constitution-398286.html*. O en los términos de José Martín y Pérez de Nanclares (que el autor citado entiende elogiosos), 'de cómo recuperar la esencia del Tratado Constitucional sin que realmente lo parezca', Real Instituto Elcano, ARI 76/2007, disponible en *http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/europa/ari+76-2007*.

[62] Véase Sarah Seeger, 'From Referendum Euphoria to Referendum Phobia- Framing the Ratification Question', 10 (2008) *European Journal of Law Reform*, pp. 437-56.

[63] Basándose parcialmente en diversos estudios o propuestas realizados por grupos en los que participaron destacados dirigentes europeos y ex-miembros del Presidium de la Convención. Fundamentalmente el Comité de Acción por la Democracia Europea, financiado por la fundación Bosch, y cuyas propuestas pueden leerse en *http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/RobertSchumanCentre/Research/ArchivesInstitutionsGovernanceDemocracy/ACED/BrusselsConf2007.aspx*. Literalmente días después del «no» franco-holandés, el Center of Applied Research de Münich y la fundación Bertelsmann habían hecho público un 'Treaty amending the Treaty of Nice', que fue posteriormente modificado a lo largo de 2006 y 2007, en un espíritu muy semejante al del Comité de Acción por la Democracia de Europa.

opereta polaca[64], se llegó a un principio de acuerdo en el Consejo Europeo de Junio[65], y a un texto definitivo en la Conferencia Intergubernamental relámpago de Julio, que fue firmado solemnemente en Octubre[66]. De este modo, la «crisis constitucional» se resolvió evitando un nuevo proceso «convencional» (es decir, la convocatoria de una nueva convención con rasgos más o menos pronunciados de asamblea constituyente) y haciendo a menos incluso de la Conferencia Intergubernamental, pues el texto del Tratado se acordó esencialmente en el Consejo Europeo de Junio[67].

Es importante destacar que en el corto pero intenso camino de la negociación intergubernamental, el Tratado no sólo no recuperó

---

[64] Sobre el recurso al *incuicio* («parlottare segretamente» pero también componenda al margen de todo principio normativo) como técnica negociadora, véase Ana Carbajosa, 'Sarkozy, el negociador', *El País*, 23 de Junio de 2007.

[65] Informe de la Presidencia Alemana previo a la reunión del Consejo Europeo, 14 de Junio de 2007, disponible en *http://www.statewatch.org/news/2007/jun/eu-treaty-10659-07.pdf* Borrador del Mandato a la CIG de 19 de Junio de 2007, disponible en *http://www.unizar.es/euroconstitucion/Treaties/Library%20(Since%20June%202007/German%20Presidency%202007%20Draft%20IGC%20Mandate.pdf*; Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de 21-22 de Junio, que incluyen en anexo I el mandato específico a la Conferencia Intergubernamental, disponible en *http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/94932.pdf*. La Conferencia Intergubernamental fue convocada formalmente por el Consejo el 19 de Julio de 2007, véase *http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1297&lang=en*

[66] Los documentos relativos a la Conferencia Intergubernamental de 2007 están disponibles en *http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1317&lang=en*

[67] Amén del caso de Irlanda, donde como se comenta *ad infra*, se celebró un referéndum, la ratificación parlamentaria fue constitucionalmente problemática en el Reino Unido y en Dinamarca. En el primer caso, la High Court rechazó el recurso planteado por Stuart Wheeler R (Wheeler) v Primer Minister and Foreign Secretary, disponible en *http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2008/1409.rtf*. En el país escandinavo, un recurso ante el Østre Landsret (última instancia jurisdiccional antes del Supremo) fue rechazado en Octubre de 2009; la decisión fue entonces recurrida ante el Supremo, sin que haya noticias del resultado del proceso a la fecha de cierre de este capítulo. Véase *http://folkebevaegelsen.dk/spip.php?article1994*.

ningún rasgo constitucional sino que se vio festoneado de disposiciones idiosincráticas (hasta el punto de que se permitió tanto al Reino Unido como a Polonia el «beneficio» de un protocolo que aparentemente inmuniza a ambos estados frente a la eventual aplicación de la Carta)[68]; al tiempo que la pretendida urgencia de la reforma del proceso de toma de decisiones, y muy especialmente el paso del complejo sistema de mayoría acordado en Niza a la mayoría doble, quedó en el olvido, al posponerse *ad kalendas polonias* la plena entrada en vigor de la doble mayoría (previsiblemente sólo aplicable a partir de 2017)[69].

[68] El Protocolo Trigésimo al Tratado de Lisboa excluye cualquier forma de control de constitucionalidad europea de la legislación o las prácticas administrativas británicas y polacas en lo que concierne a los derechos que *se* reafirman en la Carta [véase especialmente el artículo 1.1 del citado Protocolo: «La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma»]. A ello se unen las manifiestamente contradictorias Declaraciones Unilaterales 61 y 62 de Polonia (la contradicción es fruto del cambio de gobierno que se verificó en el lapso de tiempo que medió entre el Consejo Europeo de Junio y la conclusión de la CIG en Octubre). Sobre el particular, véase Maya Sion-Tzidkiyahu, 'Opt-Outs in the Lisbon Treaty: What Direction for Europe a la Carte', 10 (2008) *European Journal of Law Reform*, pp. 497-514. Noticia del debate británico en European Union Committee of the House of Lords, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, 2008, disponible en *http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/ldeucom/62/62.pdf*, especialmente páginas 101 a 106. Véanse también las diversas opinions recogidas en el informe del think-tank (liberista) Open Europe, disponible en *http://www.openeurope.org.uk/research/charterbriefing.pdf*. Sobre el impacto de la Carta y los opt-outs en materia de justicia e interior, véase Stephen Carruthers, 'The Treaty of Lisbon and the reformed jurisdictional powers of the European Court in the field of justice and home affairs', 6 (2009) *European Human Rights Law Review*, pp. 784-804.

[69] En tanto que la vigencia del Artículo 9c del Tratado de la Unión *post-Lisboa* (el artículo donde se afirma el principio de doble mayoría) queda pospuesta a 2014 o 2017 de conformidad con lo establecido en el Protocolo de Disposiciones Transitorias. Con lo que la reforma institucional *esencial* queda postergada *ad kalendas polonias*.

§ 17. La comunicación política de los gobiernos europeos insistió en el otoño de 2007 y en el invierno y primavera de 2008 en la justificación de eludir la consulta plebiscitaria en el proceso de ratificación con argumentos que oscilaban entre la minimización de Lisboa y su solapada equiparación con Laeken (lo que en aquellos países en los que Laeken había sido ratificado en su momento parecía implicar la transferencia de legitimidad democrática de un proceso a otro, pero no podía generalizarse a Francia y Holanda por razones obvias) y el discurso de crisis constitucional que requería el manejo gubernamental, lejos del fragor del debate político cotidiano.

§ 18. Pese a este esfuerzo comunicativo, el proceso de ratificación fue notablemente accidentado. La exigencia de un referéndum previo a la ratificación por imperativo constitucional en el caso irlandés hizo ineludible el plebiscito en este país[70]. Y contra todo pronóstico, y pese a los esfuerzos de la clase política irlandesa, incluido el acceso a la jefatura del gobierno de un primer ministro aún no desgastado por el ejercicio del poder[71], los votantes irlandeses se manifestaron contrarios al Tratado[72]. Una nueva ronda de

[70] La exigencia de un referéndum no se explicita en el tenor literal de la Constitución Irlandesa de forma explícita, pero resulta de la técnica jurídica que ha venido usándose desde la adhesión de Eire a la Unión Europea. Tanto el Tratado de adhesión como las ulteriores reformas del derecho primario han dado lugar a modificaciones en el texto del Artículo 29.3, 29.4, 29.5 y 29.7, autorizando su ratificación. Dado que tales cambios exigen un previo referéndum en virtud de lo dispuesto en el Artículo 47 de la Constitución, la ratificación conlleva en Irlanda el recurso al plebiscito de conformidad con la convención constitucional desarrollada al respecto.

[71] Bertie Ahern dejó el cargo el 7 de Mayo de 2008, siete semanas antes del referéndum, siendo reemplazado por Brian Cowen, mucho más popular entre los votantes. El miedo a un nuevo factor Chirac fue determinante de este cambio.

[72] Sobre el primer referéndum irlandés, véanse los estudios de opinión Milward Brown IMS, 'Post-Lisbon Treaty Referendum Research Findings', *http://www.dfa.ie/uploads/documents/Publications/Post%20Lisbon%20Treaty%20Referendum%20Research%20Findings/post%20lisbon%20treaty%20referendum%20research%20findings_sept08.pdf*; Eurobarometer 'Post-Referendum Survey in Ireland', disponible en *http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_245_full_en.pdf*.

componendas y clausulas específicas fue necesaria para que tras más de doce meses de parálisis el gobierno irlandés convocara un segundo referéndum, en el que una mayoría de ciudadanos se decantó a favor del Tratado[73]. La incertidumbre se mantuvo, sin embargo.

En primer término, estaban pendientes procesos de control de constitucionalidad tanto en la República Checa (como en Alemania (precisamente el procedimiento en el que se dictó la Sentencia de 30 de Junio que aquí se comenta). En segundo término, y pese a que los recursos fueron resueltos favorablemente[74], el presidente checo persistió en su negativa (que encontró eco en la Presidencia polaca). En el caso checo, fue necesaria una nueva consulta al Tribunal Constitucional[75] y una promesa de componenda sobre la Carta de Derechos Fundamentales urdida en desafío de las normas constitucionales europeas y nacionales por la Presidencia sueca de

---

[73] Sobre las llamadas «concesiones» a Irlanda con vistas a la celebración del segundo referéndum, véanse Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de 18 y 19 de Junio de 2009, disponibles en *http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=DOC/09/2&format=DOC&aged=0&language=ES&guiLanguage=en*, parágrafos 1 a 5 y Anejos 1 a 3. En el primer anejo, se dice atender a las preocupaciones del pueblo irlandés respecto del Tratado de Lisboa, y en particular en lo relativo a (a) derecho a la vida, familia y educación; (b) fiscalidad; (c) seguridad y defensa [declaración que aún carente de valor jurídico en tanto que tal, se viste como tal al añadirse que «surtirá efectos [¿Cuáles?] el mismo día que el Tratado de Lisboa. En el segundo anejo se contiene una Declaración Solemne sobre los derechos de los trabajadores, la política social y otras cuestiones. Mientras que el anejo 3 contiene una Declaración Nacional de Irlanda. Véase John Fitzgibbon, 'The Second Referendum on the Treaty of Lisbon in the Republic of Ireland', disponible en *http://www.sussex.ac.uk/sei/documents/epernirelandreferendum2009.pdf*.

[74] Primera Decisión del Tribunal Constitucional Checo sobre el Tratado de Lisboa de 26 de Noviembre de 2008, disponible en *http://www.usoud.cz/file/2339*; Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Lisboa, de 30 de Junio de 2009, disponible en *http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html*.

[75] Segunda Decisión del Tribunal Constitucional Checo sobre el Tratado de Lisboa, de 3 de Noviembre de 2009, disponible en *http://www.usoud.cz/file/2506*.

turno para lograr la firma del Presidente Klaus[76]. Tras lo que el Presidente polaco también dio su brazo a torcer.

b) Implicaciones constitucionales

Esta larga y compleja narrativa constitucional es determinante para interpretar el fallo Lisboa por dos razones fundamentales.

§ 19. Primera, porque pone de relieve que el procedimiento seguido en Lisboa no sólo interrumpió la dinámica *constitucionalizadora* observable desde los años setenta[77], sino que condujo a una «alegre» reapropiación del poder constituyente por parte de los gobiernos nacionales. En tal sentido, el colectivo gubernamental europeo cometió al menos cinco pecados constitucionales graves: (1) durante el proceso de Laeken incurrió en una grave inconsistencia entre la retórica constitucional empleada en los debates de ratificación y la práctica de «intergubernamentalización» de la Convención y de notable modificación del texto propuesto por la misma (con el interludio escasamente edificante del Consejo Europeo de Diciembre de 2003); (2) tras el voto negativo en Francia y en Holanda, dio pocas muestras de tomar en serio el sentido del voto, al tiempo que en la práctica procedió a subvertir el proceso de apoderamiento constituyente que resultaba del fracaso de Laeken a manos de los ciudadanos[78]; (3) remodeló el proceso de negociación de la reforma

[76] Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de 29 y 30 de Octubre de 2009, disponibles en *http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=DOC/09/5&format=PDF&aged=0&language=ES&guiLanguage=en*, parágrafos 1 y 2 y Anexo 1. La aplicación combinada del parágrafo segundo y del Anexo 1 implican la extensión del Protocolo 30 al Tratado de Lisboa (el opt-out británico-polaco respecto de la Carta) a la República Checa, pero sólo cuando haya lugar a ratificar un nuevo Tratado de Adhesión de un país candidato.

[77] Véase John Erik Fossum y Agustín José Menéndez, 'The Constitution's Gift', 11 (2005) *European Law Journal*, pp. 380-410.

[78] Hay un pecado de soberbia constitucional especialmente grave en lo que concierne a los gobiernos francés y holandés (y en menor medida de los

del derecho primario de modo y manera que no sólo se hizo a menos de la Convención al estilo Laeken, sino de la propia Conferencia Intergubernamental[79]; (4) como consecuencia de (3), compuso un Tratado de reforma festoneado de acuerdos y decisiones idiosincráticas, que comprometen no sólo su condición constitucional material, sino la integridad de las mismas; lo que es especialmente cierto en lo que respecta al Protocolo «opt-out» de la Carta, especialmente por lo que se refiere a la declaración-pagaré a la República Checa; (5) contribuyó a reducir la profundidad y seriedad de los debates de ratificación, actuando de acuerdo con un consenso cuando menos tácito de eludir tanto los plebiscitos como los debates parlamentarios altamente politizados.

§ 20. La peculiar naturaleza de la secuencia Laeken-Lisboa y del contenido material del Tratado de Lisboa fundamenta la primera premisa implícita que sugiero al lector es necesaria para reconstruir el fallo Lisboa. En esta sección he argumentado en qué medida varias decisiones del colectivo gubernamental europeo (y no tanto los varios y múltiples «ejecutivos» supranacionales) suponen una amenaza seria a la integración social por medio del derecho constitucional. Lo que justifica en buena medida la puntillosa protección de las prerrogativas parlamentarias, y sobre todo de la posición institucional del legislativo, de la que hace bandera el fallo Lisboa,

---

de aquellos estados en que se anunciaron referenda que no llegaron a tener lugar), dado que la determinación de si era necesario o no un plebiscito para refrendar Lisboa fue decidida haciendo caso omiso del sentido y de las razones del voto negativo (en contra de lo anunciado por los Jefes de Estado y de Gobierno en los días inmediatamente posteriores al voto holandés).Véase especialmente la Declaración referida en la nota 52.

[79] El texto del Tratado fue esencialmente negociado entre el 19 de Mayo en que la Presidencia Alemana presentó un borrador y el 23 de Junio en que concluyó el Consejo Europeo de primavera. Y todo ello al margen de cualquier procedimiento, siquiera fuera el de la Conferencia Intergubernamental. El secreto y discreción de la Presidencia Alemana, unido a la celeridad del proceso, hicieron imposible cualquier *feedback* de la opinión pública en el estadio de *escritura del texto*.

especialmente en lo que hace referencia a las pasarelas y a la cláusula de extensión competencial de la Unión; sino también la detallada delimitación de los límites procesales y sustantivos a la integración europea y al derecho comunitario, especialmente en lo que concierne a la protección de la identidad constitucional nacional. Al insistir en la necesidad de un acto constituyente para trascender *la senda comunitaria* (que en la próxima sección propondré denominemos sintética) *de la integración europea*, el Tribunal Constitucional está cerrando el paso a cualquier veleidad de un Lisboa bis. Al reformular su teoría de los límites materiales en torno a la identidad constitucional nacional entendida como *gramática* del *Sozialrechtsstaat*, el Tribunal está contribuyendo a reiterar la continuidad entre el derecho constitucional comunitario y el derecho constitucional nacional, fijando de este modo lo que en la jerga diplomática se denominan «líneas rojas», con la diferencia de que éstas no derivan de un cálculo diplomático, sino de la idea misma de derecho constitucional democrático.

C) *El contexto (2): El riesgo de desbordamiento competencial y la amenaza al derecho constitucional democrático derivados de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de libertades económicas*

a) Las über-libertades económicas

§ 21. La segunda premisa implícita del fallo Lisboa es la defensa del perímetro de poderes estatales ante el riesgo de desbordamiento competencial de la Unión Europea, a resultas de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

§ 22. De modo incipiente en los primeros años ochenta[80], y de forma clara y neta tras la entrada en vigor del Acta Única, el Tribu-

[80] La reconceptualización de las cuatro libertades económicas y su «desenganche» de las normas constitucionales nacionales fue vista a finales de

nal de Justicia ha operado un cambio sustancial en su jurisprudencia sobre libertades económicas. En concreto, los magistrados europeos han transformado sustantiva y estructuralmente el modo de concebir la libre circulación de mercancías, personas y capitales; así como la libertad de establecimiento y prestación de servicios. De ser caracterizadas como operacionalización del principio de no discriminación por razón de nacionalidad[81] han pasado a ser definidas como componentes trascendentales de una ciudadanía supranacional, identificada esencialmente con un concepto radicalmente individualista de libertad (aunque desde *Martínez Sala* y *Baumbast* el Tribunal haya «envuelto» este giro en los ropajes de la ciudadanía

los años setenta y primeros ochenta como un medio de «relanzar» el proceso de integración y superar la «euroesclerosis». El sustrato ideológico de este impulso era ambivalente. Los impulsores del ideal del «mercado único» como nueva forma de entender el «mercado común» en las direcciones generales de la Comisión quizá fueran tendencialmente ordoliberales o neo-liberales (y ni siquiera esto es obvio: cf. G. Grin, *The Battle of the Single Market: Achievements and Economic Prospects*, London: Kegan Paul, 2003, pp. 67-69), pero no era el caso de buena parte de los Abogados Generales o Jueces del Tribunal de Justicia. Desde una perspectiva social-democrática, el reforzamiento de las libertades económicas fue visto como un potente ariete para «romper» las resistencias nacionales y lograr que el proceso de integración avanzase. Ello permitiría en un segundo estadio la introducción de políticas de manejo macro-económico y redistributivas a escala europea. Sobre este particular, Giandomenico Majone, *Europe as the would-be-world-power*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, en la p. 129 señala algo que debería ser obvio: «[T]he ideological inspiration of the founding Treaties, and of such «historic enterprises» as EMU and the Single Market, is not neo-liberalism. Rather, I would argue, free market principles were relied upon only to the extent that they seemed to be useful to the cause of European integration, or to particular national interests».

[81] Sobre la «vieja» concepción de las libertas económicas, véase por ejemplo Kurt Lipstein, *The Law of the European Economic Community*, Butterworths, London, 1974. La subyaciente teoría política está quizá expresada de forma canónica en J. H. H Weiler, 'Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg', en Kalypso Nikolaïdis y Robert Howse (eds.) The Federal Vision, Oxford: Oxford University Press, 2001, 54-71.

europea creada por el Tratado de Maastricht)[82]. En términos jurídico-dogmáticos, tal cambio se concreta en la caracterización de cualquier obstáculo al ejercicio de una libertad económica como una violación *a priori* de la misma, y por tanto, como causa de inconstitucionalidad europea *prima facie* de la norma nacional.

§ 23. *Cassis de Dijon* y en cierta medida el previo *Dassonville*[83] son los «leading cases» de esta línea jurisprudencial, junto con sus «equivalentes» en lo que respecta a cada una de las libertades económicas[84]. Al reforzamiento de esta nueva caracterización de del derecho comunitario contribuyeron significativamente los cambios introducidos en el derecho primario de la Unión por el Acta Única Europea (especialmente aquellos asociados a la reconceptualización

---

[82] Alexander Somek, *Individualism*, Oxford: Oxford University Press, 2008; 'The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement', 16 (2010) *European Law Journal*, pp. 315-44. Una primera versión de la segunda parte del artículo está disponible en *http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1397245_code650352.pdf?abstractid=1397245&mirid=3*. Nótese que no estoy afirmando que ese fue era el propósito de la ciudadanía europea, ni que la misma sólo haya servido para velar las implicaciones de la jurisprudencia del Tribunal. El argumento en detalle puede encontrarse en 'More human, less social: The jurisprudence of the ECJ on citizenship' en Azoulai y Maduro (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty,* Oxford: Hart Publishers, 2010, pp. 363-93.

[83] Asunto 8/74 *Dassonville v Procurer du Roi*, sentencia de 11 de Julio de 1974, [1974] ECR 837; Asunto 120/78, *Rewe Zentral* (Cassis de Dijon), sentencia de 20 de Febrero de 1979, [1979] ECR 649. Véase también la Declaración de la Comisión sucesiva al fallo, urdida por el comisario Davignon y su consejero Mattera 'Declaration of the Commission concerning the consequences of the judgment given by the European Court of Justice on 20 February 1979 («Cassis de Dijon»), OJ C 256, de 30 de Octubre de 1980, pp. 2 y 3, en la medida que articula el principio de reconocimiento mutuo.

[84] Asunto C-76/90, *Säger*, sentencia de 25 de Julio de 1991, Rec. I-4221; Asunto C-55/94, *Gebhard*, sentencia de 30 de Noviembre de 1995, Rec. I-4165; Asunto C-415/93, *Bosman*, sentencia de 15 de Diciembre de 1995, Rec. I-4921; y tras la entrada en vigor de la Directiva 88/361, Asunto C-163/94, *Sanz de Lera*, sentencia de 14 de Diciembre de 1995, Rec. I-4821.

del mercado interior, que de mercado *común* pasa a orientarse a la creación de un mercado *único*)[85]. Y a mayor abundamiento, el giro copernicano en materia de libre circulación de capitales resultante de la Directiva 88/361, ulteriormente corregido y ampliado con la extensión de la libre circulación de capitales a terceros países por obra del Tratado de Maastricht[86].

Las consecuencias e implicaciones de este cambio no fueron objeto de atención en los debates políticos y ni siquiera en los académicos, al menos no con gran profundidad[87]. Tan sólo cuando las reconfiguradas libertades económicas han entrado en conflicto con los derechos laborales colectivos, y muy especialmente, con el derecho de huelga, se ha producido un *backlash* a escala continental[88].

---

[85] Me remito a mi 'When the Market is Political' en Raúl Letelier y Agustín José Menéndez (eds.), *The Sinews of Peace,* Oslo: University of Oslo, 2009, pp. 39-61.

[86] Rawi Abdelal, 'Writing the Rules of International Finance: France, Europe and Capital Liberalization', 13 (2006) *Review of International Political Economy,* pp. 1-27; del mismo autor, *Capital Rules*, Harvard: Harvard University Press, 2008. Véase también Fernando Losada Fraga, 'Free movement of capital as the deep constitution of the European Union', en Letelier y Menéndez, *supra*, nota 85, pp. 119-56.

[87] Pero en el ámbito academico véase Fritz Scharpf, *Governing Europe*, Oxford: Oxford University Press, 1999. Una voz crítica interna al Tribunal de Justicia fue la del Abogado General Geelhoed. Véase J. Bellingwout, 'Amurta, A Tribute to (the late) Advocate GeneralGeelhoed', (2008) *European Taxation*, pp. 124-132. La escasa atención a la historia constitucional europea hizo plausibles las afirmaciones de quienes sostenían que la nueva caracterización de las libertades económicas era en realidad la interpretación correcta de las mismas, a la vista tanto del tenor literal como de la intención de los «padres» de los Tratados. Una defensa paradigmática de esta posición puede encontrarse en los discursos de Fritz Bolkenstein durante su mandato como comisario. Véase por ejemplo 'Building a liberal Europe in the 21st century', de 10 de Febrero de 2000, disponible en *http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/00/260&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en*.

[88] Neil Fligstein, *Euroclash: the EU, European Identity and the Future of Europe*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

En particular, el trío de decisiones *Viking/Laval/Rüffert*[89] ha disparado la atención pública. En todos ellos, el Tribunal ha hecho prevalecer las libertades de establecimiento (*Viking*) y de prestación de servicios (*Laval y Rüffert*) sobre el ejercicio de derechos de acción colectiva (en *Viking* y *Laval*) o sobre el ejercicio del poder legislativo regional (*Rüffert*) en defensa de los derechos sociales y económicos. En *Viking*, un boicot transnacional encaminado a evitar la «deslocalización» de una empresa finlandesa de transporte marítimo en Estonia, a la búsqueda de salarios más bajos y de menores niveles de protección del trabajador. En *Laval*, la decisión sindical de suspender toda actividad laboral en un centro de trabajo en el que se pretendían pagar salarios inferiores a los pactados convencionalmente mediante el recurso a trabajadores lituanos desplazados. En *Rüffert*, la decisión legislativa de un *land* alemán de obligar a los contratistas (e indirectamente a los subcontratistas) a pagar el salario mínimo aplicable según convenio.

Al tiempo que el Abogado General Poiares Maduro en sus conclusiones en *Viking* reducía los derechos de acción colectiva a meros títulos indemnizatorios:

> El ordenamiento económico europeo está firmemente anclado en un contrato social: los trabajadores de toda Europa deben aceptar las consecuencias negativas recurrentes que son inherentes a la creación de una prosperidad creciente por el mercado común, a cambio de lo cual la sociedad debe comprometerse a la mejora general de sus condiciones de vida y de trabajo, y a la prestación de apoyo económico a aquellos trabajadores que se encuentran en dificultades como consecuencia del mecanismo del mercado[90].

[89] Asunto C-438/05*, Viking*, sentencia de 11 de Diciembre de 2007, Rec. I-10779; Asunto C-341/05, *Laval*, sentencia de 18 de Diciembre de 2007, Rec. I11767; Asunto C-346/06, *Ruffert*, sentencia de 3 de Abril de 2008, Rec. I-1989. Y cabe añadir un cuarto asunto en el marco de un procedimiento de infracción, Asunto C-319/06, *Luxembourg Case*, sentencia de 19 de Junio de 2008, Rec. I-4323.

[90] Par. 59 de las Conclusiones del Abogado General Poiares en *Viking*.

Este trío de sentencias ha generado un torrente de comentarios académicos. Pero sobre todo ha azuzado el debate político acerca de la identidad socio-económica de la Unión Europea[91]. Los defensores del rechazo del Tratado Constitucional han hecho referencia a las mismas como prueba de que sus inquietudes y críticas eran acertadas y lungomirantes[92]. Al tiempo que por primera vez desde la década de los setenta, la llamada a simplemente negarse a cumplir las sentencias del Tribunal tiene curso legal en el debate europeo[93].

§ 24. Dado que nos ocupamos específicamente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, no será quizá inoportuno considerar cuatro sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea derivadas de tres cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales alemanes y un litigio en que la Comisión afirmaba que la República Federal había infringido el derecho comunitario. Sentencias que individualmente, y sobre todo en su conjunto[94],

---

[91] Brian Bercusson, 'The trade union movement and the European Union: Judgment day', 13 (2007) *European Law Journal*, pp. 279-308 y Christian Joerges y Florian Rödl, 'Informal Politics, Formalised Law and the «Social Deficit» of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval', 15 (2009) *European Law Journal*, pp. 1-19.

[92] Véase por ejemplo Pierre Khalfa, 'La Cour européenne de justice contre l'Europe sociale', disponible en *http://www.france.attac.org/spip.php?article8958*.

[93] Fritz Scharpf, 'The only solution is to refuse to comply with ECJ rulings' 4 (2009) *Social Europe*, pp. 16-21; véanse también las intervenciones de Damian Chalmers, 'Here are the rules for disobeying Bruxelles', *The Times*, 5 de Junio de 2009, disponible en *http://www.timesonline.co.uk/tol/comment/columnists/guest_contributors/article6434022.ece*. Si bien en el caso británico las razones de la movilización combinan el euroescepticismo nacionalista con el celo armonizador europeo en lo que concierne a pesos y medidas (habiendo tenido gran trascendencia social el caso de los mártires de la libra —no la unidad de cuenta sino de peso; abundante información, incluidas las demandas y sentencias sobre el particular en *http://www.metricmartyrs.co.uk*).

[94] Aunque no se ocupe de las libertades económicas, sino del principio de no discriminación por razón de sexo, el caso *Kreil* (Asunto C-295/98, sentencia de 11 de Enero de 2000, Rec. I-69 y véase también asunto C-273/97, *Sirdar*,

a buen seguro han pesado en el ánimo del Tribunal Constitucional Alemán a la hora de detectar un riesgo de desbordamiento competencial del derecho comunitario.

En *Überseering*[95], el Tribunal de Justicia descartó una interpretación restrictiva de la caracterización del derecho a la libertad de establecimiento pergeñado en el «leading case» *Centros*[96], y que desarrollaría plenamente en la decisión posterior *Inspire Art*[97] (y

---

sentencia de 26 de Octubre de 1999, Rec. I-7403) pone de relieve los efectos estructurales de desbordamiento competencial implícitos en la jurisprudencia del Tribunal sobre libertades económicas. En este caso, los jueces de Luxemburgo decidieron que la demandante tenía derecho no sólo a alistarse en el ejército alemán, sino a ocupar un puesto que implicaba el porte de armas, en contra de lo establecido en la legislación alemana, dado que la misma infringía el principio de no discriminación por razón de sexo, afirmado en el Tratado de las Comunidades Europeas y desarrollado mediante directiva en el derecho secundario. Si bien el contenido sustantivo del fallo parece *prima facie* loable, y en línea con la jurisprudencia constitucional de los defensores de las constituciones nacionales, que han venido declarando contrarias a las leyes fundamentales nacionales disposiciones discriminatorias fruto de concepciones abiertamente machistas, ello no es óbice para que pueda dudarse acerca de la legitimidad del Tribunal europeo para tomar esta decisión. Y ello porque en el caso de que se tratara de una discriminación por razón de sexo, la misma operaba en quizá uno de los ámbitos competenciales exclusivos de los estados *par excellence*: la organización de la defensa nacional. Las consecuencias enormes de la *ratio decidendi* de *Kriel*, que el Tribunal parece haber ignorado en su primer fallo, llevaron a plantear demandas relativas a la discriminación que para los varones suponía que el servicio militar fuera sólo obligatorio para los hombres y no para los mujeres. Lo que obligó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a recalibrar su jurisprudencia. (Asunto C-186/01, *Dory*, sentencia de 11 de Marzo de 2003, Rec. I-2479. Una comparación de Kreil y Dory en Karen Raible, 'Compulsory Military Service and Equal Treatment of Men and Women – Recent Decisions of the Federal Constitutional Court and the European Court of Justice (Alexander Dory v. Germany), 4 (2003) *German Law Journal*, pp. 299-308). Movimiento típico también en la jurisprudencia sobre libertades económicas que no es especialmente reconfortante de la seguridad jurídica de los ciudadanos.

[95] Asunto C-208/00, sentencia de 5 de Noviembre de 2002, Rec. I-9919.

[96] Asunto C-212/97, sentencia de 9 de Marzo de 1999, Rec. I-1459.

[97] Asunto C-176/01, sentencia de, 2 de Octubre de 2003, Rec. I-10155.

acabaría limitando en *Cartesio*)[98]. Las autoridades alemanes habían negado legitimación activa a una empresa formalmente constituida en Holanda, pero que desde su establecimiento tenía por objeto exclusivo el desarrollo de actividades económicas en Alemania. En contra de lo que postulara el Abogado General Damon en el viejo caso *Daily Mail*[99], y de lo que sugiriera el Abogado General en Überseering, Ruiz Jarabo[100], el Tribunal concluyó que la decisión alemana era contraria era inconstitucional en sentido europeo[101]. De este modo, los jueces de Luxemburgo hicieron caso omiso de las razones estructurales por las que pudiera ser preciso limitar el ejercicio de la libertad de establecimiento, y entre las cuales el gobierno alemán incluyó la efectividad del sistema tributario. De este modo, el Tribunal consagra la identificación de la libertad de establecimiento con la libertad de decidir de conformidad con qué sistema nacional se constituye una empresa, reduciendo de este modo las veintisiete legislaciones nacionales a un producto más que ha de competir en el mercado. Con consecuencias inmediatas. Entre el año 2003 y 2006, al calor del trío *Centros*/*Überseering*/*Ins-*

[98] Asunto C-210/06, sentencia de 16 de Diciembre de 2008, *pendiente de publicación*. Las Conclusiones del Abogado General Poiares eran partidarios a ahondar en la línea jurisprudencial abierta por *Centros*, pero el Tribunal fue de otra opinión.

[99] Véanse sus conclusiones (1988) 3 *Common Market Law Reports*, p. 713, en la p. 717: «[Freedom of establishment] always implies a genuine economic link».

[100] Véase especialmente el par. 39 de sus Conclusiones.

[101] Par 82 de la Sentencia: «En estas circunstancias, la negativa de un Estado miembro a reconocer la capacidad jurídica de una sociedad constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro en el que tiene su domicilio social estatutario porque, en particular, la sociedad trasladó su domicilio social efectivo al territorio del primer Estado a raíz de la adquisición de todas las participaciones sociales por nacionales de dicho Estado miembro residentes en él, con la consecuencia de que la sociedad no puede, en el Estado miembro de acogida, acudir ante los tribunales para defender sus derechos derivados de un contrato, salvo si se constituye de nuevo con arreglo al Derecho de dicho Estado de acogida, supone una restricción del derecho a la libertad de establecimiento incompatible, en principio, con los artículos 43 CE y 48 CE».

pire Art, se constituyeron en el Reino Unido 67.000 empresas «proforma» con la finalidad exclusiva de desarrollar su actividad económica en otro Estado Miembro (un incremento del 400 % respecto a las cifras previas a *Centros*). Una neta mayoría de esas empresas son en la realidad económica alemanas[102]. La consecuencia de *Überseering* es pues reforzar la posición estructural de los detentadores de capital (en tiempos llamados capitalistas) frente al poder regulador de los estados, incluyendo claro está el poder tributario.

En *Meilicke*[103], el Tribunal concluyó que una norma de la Ley del Impuesto Sobre la Renta alemana era contraria a la libre circulación de capitales en la medida en la que condicionaba la concesión de un beneficio fiscal en forma de crédito fiscal a que el contribuyente persona física recibiera dividendos de sociedades de capital residentes en Alemania, excluyendo el crédito en el caso de que la sociedad estuviera establecida en otro Estado Miembro[104]. Con todo, el caso no es interesante tanto por el litigio sustantivo (en relación con el que el Tribunal esencialmente reitera su jurisprudencia anterior) como cuanto por la discusión acerca de los efectos temporales de la sentencia. Pese a que el representante del gobierno alemán señaló al Tribunal las graves consecuencias que se derivarían de no restringir los efectos del fallo, cifrando los pagos que se derivarían de una nulidad *ex tunc* en el 0.25 % del PNB — y aunque la cifra concreta fuera objeto de disputa, parece que no se ponía en tela de juicio que las consecuencias económicas serían notabilísimas—, el Tribunal concluyó que tal limitación socavaría el principio de seguridad jurídica[105]. Lo que quizá sea difícil de enten-

[102] Véase M. Becht, C. Mayer y F. Wagner, 'Where do Firms Incorporate' Deregulation and the Cost of Entry', 14 (2008) *Journal of Corporate Finance*, pp. 241-56.

[103] Asunto 292/04, sentencia de 6 de Marzo de 2007, Rec. I-1835.

[104] Par. 31.

[105] Par. 37 de la Sentencia: «En efecto, es necesario un momento único de determinación de los efectos en el tiempo de la interpretación solicitada que realiza el Tribunal de Justicia de una disposición del Derecho comunitario.

der desde la perspectiva constitucional nacional, donde la tendencia a limitar los efectos temporales de sentencias que suponen una grave carga para el erario público está extendida y en buena medida justificada mediante referencia al conjunto de valores constitucionales, y no restringidamente a la seguridad jurídica, especialmente si esta se entiende en un sentido netamente «privatista».

En *Schwarz*[106], una pareja alemana impugnó la decisión de las autoridades tributarias alemanas de negarles una deducción fiscal en atención a los gastos incurridos en la educación de sus hijos. La ley del impuesto sobre la renta alemana preveía tal beneficio, pero lo limitaba a los supuestos en que los menores asistieran a un colegio alemán homologado por las autoridades educativas. Los *Schwarz* había enviado a sus hijos al Cademuir International School, una escuela escocesa privada de postín (y consecuentemente onerosa)[107]. El Gobierno alemán justificó la diferencia de trato mediante referencia a los objetivos de su política educativa, insistiendo en que la operacionalización de las opciones educativas mediante normas en el código tributario no debía alterar la calificación material de la competencia sustantiva que se ejercía. Las normas tributarias eran el mero instrumento de la política educativa, por lo que habían sido dictadas en ejercicio de competencias exclusivas del estado alemán. Al tiempo que se insistía sobre la razonabilidad de condicionar el beneficio al control efectivo de que los centros educati-

---

A este respecto, el principio de que una limitación sólo puede admitirse en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada garantiza la igualdad de trato de los Estados miembros y de los demás justiciables frente a este derecho y cumple, de esa manera, las exigencias que impone el principio de seguridad jurídica». Las Conclusiones del Abogado General Tizzano tienen el mérito de sustentar su negativa en un razonamiento de mayor respiro sustantivo que tiene en cuenta la complejidad fáctica del supuesto.

[106] Asunto 76/05, sentencia de 11 de Septiembre de 2007, Rec. I-6849.

[107] Según la información de la extinta página web del centro 23400 libras esterlinas en pensión completa en el curso 2004/2005, equivalentes al cambio aplicable a 1 de Septiembre de 2004 a unos 34250 euros. De conformidad con la paridad archivada en *www.economist.com/markets*.

vos contribuyeran a la realización de los objetivos de la política educativa, especialmente la no-segregación de los escolines. El Tribunal de Justicia concluyó que la norma alemana era inconstitucional desde una perspectiva europea, no sólo en tanto que infractora del derecho a la prestación de servicios de la escuela escocesa sino también del derecho de ciudadanía europea de los Schwarz jr., cuya facultad de desplazarse en Europa a la búsqueda de la mejor educación se había puesto en entredicho[108]. Desde la perspectiva jurídico-dogmática, es notable que el Tribunal confirme su renuncia a establecer algún tipo de delimitación entre normas que constituyen *fundamentalmente* o sólo *accesoriamente* un obstáculo para las libertades económicas. Pero desde la perspectiva del debate público, la sentencia es potencialmente embarazosa, dado que combina un discurso altisonante sobre la ciudadanía europea con la concesión de un beneficio fiscal a unos padres que distaban de ser menesterosos. ¿Es parte del núcleo irrenunciable del derecho a la ciudadanía europea que unos progenitores que pagan matrículas por más de 60.000 euros al año para mandar a sus hijos a estudiar al extranjero tengan derecho a una deducción fiscal? El pecado for-

[108] Par. 66 y 92 de la Sentencia: «Una normativa como la establecida en el artículo 10, apartado 1, número 9, de la EStG produce el efecto de disuadir a los contribuyentes que residen en Alemania de escolarizar a sus hijos en colegios establecidos en otro Estado miembro. Por consiguiente, también obstaculiza la oferta formativa que emana de centros de enseñanza privados establecidos en otros Estados miembros, destinada a los hijos de contribuyentes que residen en Alemania 8 (...) En la medida en que vincula la concesión de una rebaja fiscal por razón de los gastos de escolaridad al requisito de que éstos se hayan abonado a un colegio privado que reúna determinados requisitos en Alemania y deniega dicha rebaja a los contribuyentes sujetos al impuesto sobre la renta en este Estado miembro porque han enviado a sus hijos a un colegio establecido en otro Estado miembro para seguir allí su formación, la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal discrimina a los hijos de nacionales únicamente por haber ejercido su derecho de libre circulación trasladándose a otro Estado miembro para seguir en él una formación escolar». Véase también el 91 de las Conclusiones de la Abogada Genral Stix-Hackl.

malista del Tribunal de Justicia es especialmente grave a la vista de que la escuela en cuestión cerró sus puertas *antes* de la publicación de las Conclusiones de la Abogada General y por supuesto de la Sentencia del Tribunal, tras extenderse las dudas acerca de la calidad de las enseñanzas y la corrección del trato dispensado a los alumnos[109].

En *Volkswagen*[110] el Tribunal de Justicia consideró contrarias a la libre circulación de capitales las normas alemanas aplicables a la «gobernanza corporativa» de la famosa empresa tudesca de automoción, confirmando y ampliando su jurisprudencia acerca de las llamadas «acciones de oro», en la que ha tenido ocasión de caracterizar a la libre circulación de capitales como «meta-libertad»[111]. En el caso *Volkswagen*, una ley alemana de 1960 ponderaba los derechos de los accionistas y de los «stakeholders» mediante la limitación de los derechos de voto en el 20 % para los accionistas en posesión de un porcentaje superior de títulos de la compañía, la fijación de una minoría de bloqueo del 20 % de los derechos de voto y la asignación de dos representantes en el consejo supervisor de la empresa al Estado Federal y al *land* de Baja Sajonia. Tales aspectos de la ley fueron considerados obstáculos a la libre circulación de capitales. Es notable no sólo que la incompatibilidad de la ley con el derecho comunitario sólo haya comenzado a discutirse tras el giro copernicano en la definición de las libertades económicas de los años ochenta, sino que en el argumento del Tribunal (y sólo indirectamente en las Conclusiones del Abogado General) haya pesado en modo alguno el alto grado de imbricación de las normas

[109] Martyn McLaughlin, Martyn,'£ 23,400 per year school closes', *The Herald*, 15 de Septiembre de 2006. El informe de los inspectores de Su Majestad puede consultarse en *http://www.hmie.gov.uk/documents/followup/cademuirintersch(eng).html*.

[110] Asunto C-112/05, *Wolkswagen*, sentencia de 23 de Octubre de 2007, Rec. I-8995.

[111] Asunto C-367/98, *Commission c. República Portuguesa*, sentencia de 5 de octubre de 2000, Rec. I-4731. Véase sobre el particular, Losada, *supra*, nota 86.

en cuestión con la articulación del modelo socio-económico alemán[112].

§ 25. La re-caracterización de las libertades económicas implícita en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea tiene notables consecuencias (1) estructurales (al resultar en el parcial desenganche del derecho constitucional europeo de las tradiciones constitucionales comunes; (2) competenciales (al resultar en la sujeción de la totalidad de las normas nacionales al control de constitucionalidad europeo); e (3) institucionales (dado que la agresiva extensión del efecto constitucional horizontal de las libertades económicas se yuxtapone a la dificultad tanto del proceso político supranacional como nacional de tomar decisiones que rectifiquen las tomadas por los jueces —algo que también fomenta la división de competencias entre niveles de gobierno y entre procedimientos legislativos en la Unión Europea).

§ 26. En términos estructurales, la redefinición de las libertades económicas como operacionalizaciones de una idea de ciudadanía que trasciende a la establecida en los ordenamientos constitucionales nacionales supone «emancipar» el derecho constitucional europeo del derecho constitucional común, de las tradiciones constitucionales nacionales. Mientras que las libertades económicas fueron definidas como expresiones del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad, la protección de las mismas se definía sustantivamente mediante referencia al estándar nacional; lo que el

---

[112] Sobre el carácter reciente de la duda de inconstitucionalidad europea, véase el comentario a la sentencia de Wolf-George Ringe en 45 (2008) *Common Market Law Review*, pp. 537-544. Sobre la imbricación de la ley Volkswagen en el modelo socio-económico alemán, véase del mismo autor, Domestic company law and free movement of capital: nothing escapes the European Court?', *Legal Research Papers, University of Oxford, 42/2008,* disponible en *http://ssrn.com/abstract=1295905* y Peer Zumbansen y Daniel Saam, 'The ECJ, Volkswagen and European Corporate Law: Reshaping the European Varieties of Capitalism', 8 (2007) *German Law Journal*, pp. 1027-51.

derecho comunitario exigía era «meramente» (¡aunque no fuera poco!) ampliar el ámbito personal de los derechos, que ya no podrían ser reconocidos sólo a los nacionales, sino que también habrían de serlo todos los comunitarios (o todas las empresas o agentes económicos comunitarios)[113]. De ahí, como ya indiqué, que la creación de un mercado común consistiese fundamentalmente en la apertura de cada uno de los mercados nacionales a los agentes económicos de otros Estados Miembros. Por el contrario, una vez que se afirma que la violación de una libertad económica se produce cuando se interpone cualquier obstáculo a su ejercicio, se están trascendiendo los estándares constitucionales nacionales, y afirmando la existencia un canon de constitucionalidad europeo *autónomo* del nacional. Y ello porque una vez que se afirma que una libertad económica puede ser infringida por una norma nacional, incluso cuando esa norma dispense un trato exquisitamente paritario a nacionales y comunitarios, se está afirmando que las libertades económicas tienen un contenido sustantivo que va más allá del contenido de las normas constitucionales nacionales.

§ 27. En términos competenciales, la nueva caracterización de las libertades económicas pone en solfa tanto la distinción entre situaciones internas y externas como el concepto de discriminación inversa, que tradicionalmente marcaban los lindes materiales del derecho comunitario[114]. Una vez que las libertades económicas son

[113] Ése es en realidad el núcleo normativo de la caracterización de la tolerancia constitucional como el *Sonderweg* del derecho comunitario (Weiler, *supra*, nota 81) o de la conceptualización del derecho comunitario como una nueva forma avanzada de derecho de solución de conflictos normativos (Christian Joerges, 'Sozialstaatlichkeit in Europe? A Conflict-of-Laws Approach to the Law of the EU and the Proceduralisation of Constitutionalisation', (2009) *German Law Journal*, pp. 335-60). Una crítica fundamental a ambas teorías es que asumen una caracterización del derecho comunitario que dista enormemente de la práctica constitucional.

[114] Véase Alina Tryfonidou, *Reverse Discrimination in EC Law*, Dordrecht: Kluwer Law International, 2009. Cf. también de la misma autora 'The Outer Limits of Article 28 EC: Purely Internal Situations and the Development of the

entendidas como expresión de una ciudadanía individualista, todas las normas nacionales, y no sólo las fundamentalmente atinentes a las actividades comerciales o económicas, son susceptibles de constituir obstáculos a la realización de las libertades económicas. Y por ende su validez puede ser cuestionada *en tanto que vulneran* los derechos fundamentales reconocidos por el derecho comunitario.

Ello no puede sino tener como consecuencia la absorción en el ámbito de aplicación de los principios de derecho comunitario (y por tanto de *control de constitucionalidad europea* mediante referencia a las libertades) de ámbitos competenciales nacionales estructuralmente ajenos a, sino antitéticos con, la lógica del mercado, incluida las pensiones no contributivas[115] y las normas que estructuralmente hacen posible las políticas redistributivas (señaladamente la fiscalidad directa o personal)[116].

§ 28. El recalibrado de las libertades económicas y la expansión de su efecto horizontal implican la conversión definitiva de la cuestión prejudicial en una vía procesal para controlar la constitucionalidad europea de las normas nacionales[117]. La *forma* y la *estruc-*

Court's Approach through the years', disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1029248_code898033.pdf?abstractid=1029248&mirid=1

[115] Cf. Menéndez, *supra*, nota 82.

[116] Sobre el particular, véanse los trabajos incluidos en la Sección Segunda («The Socio-Economic Constitution of the European Union: Between Law-Making and Judicial Activism») de Letelier y Menéndez, *supra*, nota 85, en los que se estudia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea atinente a libre circulación de personas, libre circulación de capitales, fiscalidad directa y responsabilidad extracontractual por infracción del derecho comunitario.

[117] Sobre el control de constitucionalidad europeo que ejerce el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, véase A. M. Donner, 'The Constitutional Powers of the Court of Justice of the European Communities', 11 (1974) *Common Market Law Review*, pp. 127-140; Jens Rinze, 'The Role of the European Court of Justice as a Federal Constitutional Court', 1996 *Public Law*, pp. 423-446; George A. Bermann, 'Marbury v Madison and European Union «Constitutional» Review, 36 (2004) *George Washington International Law*

tura del control de constitucionalidad europea son esencialmente las propias del control de constitucionalidad de las leyes nacionales que llevan a cabo los tribunales constitucionales (obviamente, en aquellos Estados Miembros en los que existe un tribunal de garantías constitucionales). En particular, tanto los tribunales constitucionales nacionales como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se valen del principio de proporcionalidad como marco estructural de sus decisiones, en términos muy cercanos a los descritos por la mejor doctrina europea[118]. Los jueces de Luxemburgo proceden siempre a determinar en primer lugar si la norma nacional respeta *a priori* las libertades económicas; cualesquiera otros principios constitucionales que la norma *prima facie* infractora del derecho comunitario se encamine a realizar sólo son relevantes en un segundo estadio, en el que los Estados Miembros tienen que probar la constitucionalidad de la norma *en su conjunto* poniendo de relieve que la infracción de la libertad económica es adecuada, necesaria y proporcionada[119].

Ello tiene como consecuencia la arrogación de mayores cotas de poder por parte del Tribunal de Justicia (e indirectamente, de los

---

Review, pp.557-566 ; Michael Rosenfeld, 'Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the United States Supreme Court', en Ingolf Pernice, Juliane Kokott y Cheryl Saunders (eds.), *The future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Baden-Baden: Nomos, 2006, pp. 33-63; y también en 4 (2006) *International Journal of Constitutional Law*, pp. 618-51.

[118] Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

[119] La estructura fue en buena medida fijada en *Cassis de Dijon*. En esta sentencia el Tribunal abrió además la posibilidad de invocar como justificaciones a la infracción de las libertades económicas comunitarias no sólo las excepciones previstas expresamente en el Tratado, sino también otros principios constitucionales reconocidos en el derecho primario de la Unión. Las así llamadas excepciones de la «rule of reason» no suelen ser aceptadas cuando la norma nacional es discriminatoria. Véase Koen Lenaerts y Piet Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, London: Sweet and Maxwell, 2004, pp. 165-6.

tribunales nacionales ordinarios)[120]; o lo que es lo mismo, la judicialización de amplios ámbitos de decisión pública. El control de constitucionalidad europea de las normas nacionales reduce necesariamente el ámbito de discrecionalidad de los legisladores nacionales *considerados individualmente*, dado que no pueden enmendar la plana al Tribunal de Justicia sin poner en cuestión la autoridad del mismo (y con ello hacer peligrar el proceso de integración europea mediante el derecho constitucional). La creciente densidad de la jurisprudencia del Tribunal reduce al extremo el grado en que los legisladores nacionales actuando individualmente pueden buscar medios institucionales alternativos de asegurar los mismos objetivos reguladores. La flexibilidad y elasticidad de la respuesta nacional se reduce a medida que el derecho comunitario ocupa mayor espacio normativo[121].

§ 29. A ello se une que una réplica política es también improbable en el nivel supranacional. La agresiva expansión del efecto

---

[120] Joseph H. H. Weiler, ‘A Quiet Revolution: The European Court and Its Interlocutors’, 26 (1994) *Comparative Political Studies*, pp. 510-34 y Víctor Ferreres Comella,’Integración Europea y Crisis del Modelo Centralizado de Justicia Constitucional’, 65 (2003) *Revista Vasca de Administración Pública*, pp. 73-122.

[121] Stefano Bartolini, *Restructuring Europe*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p.407: «This thesis conceals the fact that this compensatory function of the state cannot be easily performed given the regulatory nature of the EU. That is, the institutional mechanisms at the EU level and the constitutionalized core of its market defence make it difficult for a single state to enforce this compensatory action when similar actions is not taken by the other states as well. The EU has been able to impose the consequences of its policy of economic integration on the member states until these had sufficient national flexibility of legal and economic adaptation. Monetary integration and the centralized legal administration of the infringements of market freedoms and competition have largely reduced the adaptation elasticity offered to member states. One of the aims of this book has been to show that this very unbalanced ‘division of labour’ is likely to have serious consequences on the forms of national political representation and national identity definition, as well as on the national social sharing institutions.»

horizontal de las libertades económicas por parte del Tribunal de Justicia sólo es probable que tenga como correlato el ejercicio de competencias legislativas por la Unión Europea en aquellos ámbitos en los que la combinación de la división competencial y el diseño del proceso de toma de decisiones no impiden la acción política[122]. Lo que dista de ser obvio. Las competencias sustantivas de la Unión no alcanzan a donde lo hace el efecto horizontal de las libertades económicas; e incluso allí donde llegan, las decisiones de carácter redistributivo, de rectificación de los resultados distributivos del mercado, siguen estando sujetas a una decisión unánime en el Consejo. A medida que la Unión ha ampliado el número de sus Estados Miembros, menor es la probabilidad de que se alcance un acuerdo plenamente consensuado cuando se trata de distribuir cargas y beneficios en los que los intereses se relacionan en un juego de «suma cero». La división de trabajo entre los procedimientos legislativos comunitarios, esencialmente entre (a) aquellos en los que la aprobación de una norma exige la yuxtaposición unánime de las voluntades de los Estados Miembros reunidos en Consejo de Ministros y (b) aquellos en los que la voluntad general europea se define mediante referencia a una mayoría cualificada «mixta» —mayoría de miembros del Parlamento y mayoría cualificada del Consejo, tiende a reforzar los efectos estructurales, competenciales e institucionales de la jurisprudencia del Tribunal. Y ello porque pese a la reiterada afirmación de que la co-decisión es el procedimiento legislativo *estándar* tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la realidad de las cosas es que el núcleo duro de las normas con efectos redistributivos que pueden adoptarse en el nivel supranacional sigue sujeta al procedimiento comunitario clásico en el que se requiere un voto unánime en el Consejo de Ministros. Son tan solo las normas «creadoras de mercado», amplificadoras de los contenidos de las libertades económicas, las

[122] Fritz Scharpf, 'The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a «social market economy», 8 (2010) *Socio-Economic Review*, pp. 211-50.

sujetas al procedimiento más liviano (y donde la aprobación de normas es más probable) de co-decisión. Una división tal, aun siendo artificial y respondiendo no a un principio constitucional, sino a la mera «sedimentación» de decisiones tomadas en Conferencias Intergubernamentales, genera un sesgo sustantivo en el contenido del derecho comunitario, al fraccionar el tratamiento legislativo de cuestiones que en los procesos políticos nacionales son consideradas unitarias.

Piénsese en la fiscalidad directa. Las decisiones del Tribunal de Justicia no pueden ser enmendadas por el proceso legislativo comunitario. Cualquier reglamento o directiva en tal materia, incluso tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, exige una decisión respaldada unánimemente por el Consejo de Ministros. La probabilidad de reunir tal mayoría es rayana en cero, dado que la naturaleza del problema de fondo genera fuertes incentivos estructurales a los gobiernos nacionales para tratar de maximizar la recaudación fiscal a costa de la de los vecinos (el bien conocido fenómeno «beggar thy neighbour»)[123]. Basta que uno de los veintisiete gobiernos naciona-

[123] A mediados de los años noventa la Comisión Europea, a instancias del Comisario Monti, fomentó la discusión sobre la «competencia fiscal dañina» con el propósito de edulcorar la píldora de la armonización fiscal. Véase *Taxation in the European Union. Report on the development of tax systems,* Bruselas, 22 de Octubre de 1996, COM 546 final. Pero los resultados fueron bien limitados, excepción hecha del Código de Conducta en materia de impuesto de Sociedades. Véase 'Annex to the Conclusions of the ECOFIN Council Meeting on 1 December 1997, concerning taxation policy', OJ C 2, de 6 de Enero de 1997, pp. 2-5; el informe del llamado Grupo al ECOFIN, Press Release 4901/99 of 29 February 2000. Entre la literatura, W. Bratton y J. A. McCahery (2001) 'Tax Coordination and Tax Competition in the European Union: Evaluating the Code of Conduct on Business Taxation', 38 (2001) *Common Market Law Review*, pp. 677-718; W. Eggert y A. Haufler 'Company tax coordination cum tax rate competition in the European Union', 62 (2006) *Finanzarchiv*, pp. 579-603. Sobre el proceso, véase H. H. Nijkamp, 'Landmark agreement on EU tax package: new guidelines stretch scope of EU Code of Conduct', (2001) *EC Tax Review*, pp. 147-55 y Claudio Radaelli, 'The Code of Conduct against Harmful Tax Competition: Open Method or Coordination in Disguise?', 81 (2003) *Public Administration*, pp. 513-31; una aproximación

les esté en manos de un gobierno opuesto a medidas de armonización fiscal (por razones ideológicas o por un mero cálculo del interés nacional o de los sectores sociales a los que representa la mayoría en el gobierno) para que éstas no puedan ser adoptadas.

La consecuencia institucional inmediata, como veremos en la sección III, es que el único contrapeso claro y neto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea son los Tribunales Constitucionales nacionales.

b) Implicaciones Constitucionales

§ 30. De lo visto en el apartado anterior, parece razonable concluir que la caracterización de las libertades económicas sostenida por el Tribunal de Justicia en las últimas tres décadas plantea serios problemas estructurales e institucionales, pero sobre todo competenciales. Y ello en la medida en la que crea las condiciones bajo las cuales la «europeización» de los procesos políticos y de los ordenamientos jurídicos nacionales se produce al margen del proceso de formación de voluntad política supranacional. La perspectiva de un vaciamiento competencial de los Estados Miembros por *fiat judicial* es quizás aún más problemática que la deriva gubernamental analizada en la sección anterior. Ello explicaría (aunque no justificaría plenamente, como veremos en la sección III) porque el Tribunal Constitucional Alemán se plantea la necesidad de trazar sus propias «líneas rojas» competenciales, porque añade un tercer tipo de control de constitucionalidad nacional de las normas nacionales, y porque en último extremo propone articular legislativamente un procedimiento de control de constitucionalidad específicamente aplicable al derecho comunitario. Con independencia del juicio último que tales medidas nos merezca, me parece difícil negar que las soluciones guarden una relación estructural con la identi-

---

general en Ben J. Kiekebeld, *Harmful Tax Competition In the European Union*, Dordrecht: Kluwer, 2006.

dad y profundidad de los problemas constitucionales que tratan de resolver.

§ 31. Ello es especialmente cierto si tenemos en cuenta que hay un serio riesgo de subversión del propio lenguaje constitucional, de lo que de forma pedante denominaría la gramática profunda del derecho constitucional democrático. Y ello dado que si bien el clásico control de constitucionalidad nacional y el ejercido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no son formalmente muy distintos, sí lo es la identidad sustantiva del canon de constitucionalidad en uno y otro caso. Pese al reconocimiento de la protección de los derechos fundamentales como un principio no escrito pero fundamental del derecho comunitario[124], el control de constitucionalidad europea se encamina fundamentalmente a verificar el ajuste de las normas nacionales a las cuatro libertades fundamentales. Dada la amplitud y latitud de la protección de las libertades fundamentales defendidas por el Tribunal, el resultado es necesariamente el traslado de la carga argumentativa a los legisladores y gobiernos nacionales. Pero ello es en sí mismo contrario a la concepción de los principios constitucionales que subyace a las constituciones europeas de las posguerra. En buena medida implica retrotraer el derecho constitucional a su estadio *formal* previo al Estado Social y Democrático de Derecho, en manifiesta contradicción con las decisiones constituyentes de la postguerra[125]. Sin em-

[124] Claro está, a la expectativa del modo y manera en que el Tribunal de Justicia interprete la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales al derecho primario de la Unión.

[125] Especialmente si tenemos en cuenta la *debilidad* del proceso político europeo, incapaz como argumentaremos en la sección tercera de contrapesar en modo alguno las decisiones del Tribunal de Justicia. En este preciso sentido la crítica (banal) de Carl Schmitt al Tribunal Supremo estadounidense es aplicable en buena medida al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: «En términos fundamentales puede decirse que el derecho de control judicial, por sí solo, únicamente en un Estado justicialista que someta la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios puede servir de base a un defensor de la Constitución, cuando por tal Constitución se entiendan preferentemente los

bargo, no hay a mi juicio fundamento para concluir que este segundo riesgo haya sido visto como inminente o siquiera relevante por los jueces alemanes, a juzgar por varios pasajes del fallo[126].

D) *Reivindicación del derecho constitucional democrático*

§ 32. En esta sección he sostenido que los límites procesales y sustantivos al proceso de integración que el Tribunal Constitucional Alemán perfila, precisando y ampliando su jurisprudencia anterior, no son tanto rémoras caprichosas e injustificadas cuanto lindes sin

---

derechos fundamentales político-burgueses, la libertad personal y la libertad privada que han de ser protegidos por los Tribunales ordinarios contra el Estado, es decir contra la legislación, contra el Gobierno y contra los órganos administrativos». Carl Schmitt y Hans Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Madrid: Tecnos, 2009, p. 27.

[126] Como ponen de manifiesto (1) tanto el mantenimiento de la confianza en que el derecho comunitario (y en particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) presten una protección a los derechos fundamentales equivalente a la constitucional nacional (Par. 191 y 337 de la Sentencia, aunque la estrecha relación entre el quinteto de competencias irrenunciables y la protección de los derechos fundamentales quizá pueda obligar a matizar la enervación de este control de constitucionalidad en el futuro) como (2) la asunción de que los intereses iusfundamentales colectivos quedan suficientemente protegidos al reconocer el Tribunal de Justicia una larga lista de posibles *overriding general interests* que apoderan a los Estados Miembros a limitar las libertades económicas (Par. 398 de la Sentencia). Esta última «concesión» al Tribunal de Justicia lleva a Joerges a concluir que el Tribunal Constitucional Alemán no ha tenido suficientemente en cuenta las «falacias» argumentativas contenidas en los fallos más recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Christian Joerges, 'The Lisbon Judgment, Germany's *Sozialstaat*, the ECJ's Labour-Law Jurisprudence, and the Reconceptualisation of European Law as a New Type of Conflicts Law, Andreas Fischer-Lescano, Christian Joerges y Arndt Wonka (eds.) The German Constitutional Court's Lisbon Ruling: Legal and Political-Science Perspectives, ZERP Discussion Paper 1/2010, Bremen: ZERP,disponible en http://www.zerp.uni-bremen.de//streamfile.pl?mod=publication&area=files/&file=1264498538_10996_0&mime=application/pdf&id=, pp. 27-40, pág. 39.

las que hay un grave riesgo de socavar y en último término abandonar la senda de la integración social mediante el derecho constitucional democrático. Lo que matizo en el apartado 3 de esta sección, al concluir que los jueces de Karlsruhe se han enzarzado en argumentos formalistas y fútilmente unilaterales en lo que concierne a la dilucidación de un núcleo irrenunciable de competencias nacionales y al derecho de desistimiento o abandono de la Unión Europea.

No me parece exagerado afirmar que el sentido último del fallo es precisamente la defensa del Estado Social y Democrático de Derecho[127]. Y si bien la sentencia es compleja y no deja de tener un lado «oscuro», la defensa de la democracia constitucional y de la apertura de la ley fundamental a la integración europea me parece diáfana y clara (en contraste con las ambigüedades propias del fallo Maastricht)[128].

§ 33. En particular, el Tribunal Constitucional Alemán no deja duda alguna acerca de su visión *procedimental* de la democracia:

> «la estatalidad soberana se refiere a un espacio pacificado y al orden en él garantizado sobre el fundamento de la libertad individual y de la autodeterminación colectiva. El Estado no es ni un mito ni un fin en sí mismo, sino la forma de organización producto de la historia y globalmente reconocida de una comunidad política con capacidad de acción»[129].

Los magistrados germanos rechazan de manera contundente cualquier reducción economicista tanto de la política como de la ley fundamental en el estado constitucional (como es característico de

---

[127] Y que constituye la línea de flotación institucional de todos los sistemas políticos europeos, tanto los de los Estados «fundadores» de la Unión, como de los estados de Europa del Sur que accedieron (accedimos) en los ochenta, como de los países de Europa del Este y Sureste que ampliaron significativamente las fronteras de la Unión en esta última década.

[128] Weiler, *supra*, nota 9.

[129] Par 224 de la Sentencia.

las visiones neo-liberales, y en menor medida, ordo-liberales del proceso de integración)[130]:

> «La Ley Fundamental no protege la libertad individual —en cuanto a autodeterminación del individuo— con el objetivo de promover la decisión individual sin supeditación a compromiso alguno, ni para la imposición desconsiderada de intereses. Lo mismo es aplicable al derecho soberano de autodeterminación de la comunidad política»[131].

§ 34. Al tiempo que no es a mi juicio baladí que el Tribunal Constitucional Alemán reconozca explícitamente que la legitimidad de la Unión Europea ha de ser democrática, sea directa o derivadamente democrática:

> «Puesto que la República Federal de Alemania, conforme al art. 23.1, frase 1, sólo puede participar en una Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democráticos, debe precisamente también persistir una relación legitimadora entre quienes tienen derecho a voto y los poderes soberanos europeos, a lo cual los ciudadanos tienen un derecho, según la concepción constitucional originaria y permanente del art. 38.1, frase 1 LFB en relación con el art. 20, apartados 1 y 2 LFB»[132].

Y que añada que si bien la legitimidad de la Unión Europea no es esencialmente *directamente democrática,* sino *derivadamente*

[130] Sobre el ordo-liberalismo, véase la espléndida antología de Alan Peacock y Hans Willgerodt, Germany's *Social Market Economy: Origins and Evolution*, Basingstoke: MacMillan, 1989. El autor clave en lo que se refiere a la aplicación del ordo-liberalismo a la Unión Europea es Ernst Jachim Mestmaecker. Véase por ejemplo sus 'On the Legitimacy of European Law', 58 (1994) *Rabels Zeitschrift*, pp. 615-35; 'De la Communauté économique à l'Union économique et monétaire', 1 (1995) *Revue des Affaires Européennes* pp 111-121. Un estudio de conjunto en Christian Joerges, '¿Qué tiene de social-demócrata la Constitución Económica Europea', 73 (2005) *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 9-53.

[131] Par 200 de la Sentencia.

[132] Par 177 de la Sentencia.

democrática en este estadio del proceso de integración, parte de la ecuación de legitimidad de la Unión es y puede ser en mayor medida *directamente democrática* (algo que pese a las claroscuros de la Sentencia Maastricht también estaba presente en ella). En particular es reveladora la relación de directa proporcionalidad que los jueces establecen entre la intensidad de la transferencia de poder político a la Unión Europea y el grado de legitimación democrática directa de la misma:

> «Básicamente, el principio democrático se encuentra abierto a las demandas de una organización supranacional, no para adaptarse en su contenido normativo a la respectiva realidad fáctica de la organización política en cuestión, sino para preservar una misma efectividad en distintas circunstancias»[133].
>
> «Las exigencias constitucionales del principio democrático con respecto a la estructura organizativa y los procedimientos de decisión de la Unión Europea están en función del alcance con que los deberes de soberanía se transfieren a la Unión y de cuán alto sea el grado de autonomía política a la hora de hacer uso de los derechos de soberanía transferidos»[134].

Estas afirmaciones han de ser interpretadas como un rechazo en toda regla a las teorías de «gobernanza europea» que sostienen que la legitimidad de la Unión puede sentarse sobre bases distintas a la legitimación democrática. La defensa militante de la democracia representativa es una forma de contrarrestar las dinámicas de deriva gubernamental justificadas mediante referencia a la perenne situación de necesidad y emergencia[135].

[133] Par 267

[134] Par 262 de la Sentencia. Y aunque en el par 267 se dijera que «El artículo 23.1 frase 1 LFB parte así de la base de que los principios democráticos no pueden ser realizados en la Unión Europea de la misma manera que en la Ley Fundamental», en el par 262 se indica que la legitimidad democrática derivada es esencialmente suficiente en el estadio presente de integración, especialmente si *complementada* por el Parlamento Europeo, etc.

[135] Frank Schorkopf, The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon, 10 (2009) *German Law Journal*, pp. 1219-1240, en p. 1226.

§ 35. De esta forma, los pasajes en los que el Tribunal traza una clara línea divisoria entre el proceso de integración derivado de los Tratados fundacionales de la Unión Europea (y las exigencias de legitimación asociadas con el mismo) y la creación de una genuina federación europea con la que eventualmente trascendiera la organización estatal nacional son parte de la defensa del derecho constitucional.

En tal sentido hay que tener presente que (1) al afirmar que es necesario un acto constituyente extraordinario para trascender la estatalidad nacional alemana, el Tribunal Constitucional está afirmando implícitamente que es eventualmente posible crear una federación europea; aunque, claro está, ello se sujete al cumplimiento de condiciones que quizá podamos afirmar no es previsible se reúnan en el inmediato futuro[136]; (2) que el Tribunal Constitucional no define el estándar exigible (la intervención del poder constituyente) mediante referencia a criterios idiosincráticos o presuntamente «esencialistas» (y por ende, nacionalistas), sino que toma como referente el ideal de constitución democrática:

> «Según la plasmación del principio de soberanía del pueblo en Europa, solamente los pueblos de los Estados miembros pueden disponer de su respectivo poder constituyente y de la soberanía del Estado. Sin la voluntad de los pueblos expresamente declarada, las instituciones democráticamente elegidas no están capacitadas para crear un nuevo sujeto de legitimación, o para deslegitimar los existentes, en los espacios constitucionales estatales»[137].

---

[136] Y aunque no sea obvio que procedimiento específico haya de seguirse —lo que ineludiblemente deja abierta la puerta a un control de constitucionalidad de cualquier decisión de este carácter.

[137] Par 347 de la Sentencia. Y de forma semejante en el párrafo 334: «De la subsistente soberanía del pueblo, anclada en los Estados miembros, y de la circunstancia de que los Estados siguen siendo los señores de los Tratados —en todo caso hasta la constitución formal de un Estado federal europeo y del cambio del sujeto de legitimación democrática que deberá expresamente realizarse—, se deriva que no puede haberse desprovisto a los Estados miembros del derecho a controlar el respeto al programa de integración.»

De ello se deriva que el Tribunal Constitucional Alemán asume que la creación de una federación europea exigiría un acto constituyente en cada Estado Miembro que se adhiera al proyecto federal, de conformidad con las específicas disposiciones constitucionales de cada uno de ellos (la decisión que garantice la más amplia legitimidad democrática en cada comunidad política). Si el Tribunal Constitucional Alemán sólo se refiere al caso alemán de forma explícita es porque sólo tiene competencia para controlar el cumplimiento de esta exigencia en este caso (y porque la posición esquizofrénica de los tribunales constitucionales nacionales, a la que me refiero en la sección III dificulta la asunción expresa de la función de guardián de la constitución europea en su conjunto. Pero en la medida en la que justifica esta exigencia mediante referencia al derecho constitucional democrático, y no sólo a lo dicho literalmente en la Ley Fundamental, el carácter paneuropeo, y no solamente alemán de esta exigencia *va de soi*; (3) que la exigencia de una decisión constituyente previa al *sorpasso* federal implica la clara y neta distinción entre el modelo de integración supranacional propio de los Tratados fundacionales (y bajo el que vivimos) y la idea de federación europea

> «La Ley Fundamental permite al legislador precisamente una extensa transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea. Dicha habilitación queda no obstante supeditada al requisito de que en dicho proceso se preserve la estatalidad constitucional soberana sobre la base de un programa de integración acorde con el principio de atribución singular y restringida de competencias, y desde el respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros, y que al mismo tiempo los Estados miembros no pierdan su capacidad de organización autónoma política y social de las condiciones de vida»[138].

Afirmar que en ausencia de una decisión constituyente federal es necesario respetar la identidad constitucional de los Estados Miembros no implica abrazar una teoría nacionalista o euro-escép-

[138] Par. 226 de la Sentencia.

tica del proceso de integración europea, sino delimitar claramente los estadios del proceso de integración de modo y manera que la primacía de la constitución pueda reconciliarse con el mandato de integración supranacional.

§ 36. De igual modo, la proyección al estado federal europeo de la garantía de perpetuidad es una consecuencia lógica de la función constitucional de la misma (en tanto que no sirve tanto como garantía política efectiva, sino como un concepto límite del derecho constitucional). Si además tenemos en cuenta la interpretación en clave *cosmopolita* a la que apuntan los jueces alemanes en el fallo (par. 218 de la Sentencia, reproducido aquí en § 55), lo que en último extremo se está afirmando es meramente que un acto constituyente europeo, si quiere ser un acto constituyente democrático, tendrá que respetar la gramática del derecho constitucional democrático, que se explicita en el Artículo 79.3. Si esto es así, la función estructural de esta interpretación de la garantía de perpetuidad es muy similar a la prevalente del Artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Ambos artículos apuntan a un concepto abiertamente normativo de Constitución. Nótese que el paralelismo es *estructural*, no *sustantivo*, porque es bien obvio que la densidad de la definición es muy superior en el caso alemán al francés[139].

[139] La inserción de la garantía de perpetuidad (Artículo 79.3) en la Ley Fundamental Alemana es parte del propósito del constituyente de 1949 de hacer explícito en el texto de la Constitución la obligación de sostener formal y sustantivamente los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho. Evitando de esta manera el abuso de la *forma* de la ley para establecer un régimen autoritario. De este modo esperaban poner al servicio de la causa democrática la tendencia de los ciudadanos alemanes a cumplir con la ley, de la que se habrían servidos los nacionalsocialistas para hacerse con el poder y mantenerse en él. Véase Gregory H. Fox y Georg Nolte, 'Intolerant Democracies', 36 (1995) *Harvard International Law Journal*, pp. 1-75, especialmente p. 19; Michael Schaefer, 'Memory in the Construction of Constitutions', 15 (2002) *Ratio Juris*, pp. 403-417; sobre lo que Karl Loewenstein era escéptico, véase su *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel, 1976, pp. 192-3;

y sus observaciones en relación con la aplicación de la garantía en el contexto de la integración europea en el litigio acerca de la constitucionalidad del Tratado de la Comunidad de Defensa Europea (que decayó con el rechazo parlamentario francés en 1954) en Karl Loewenstein, 'The Bonn Constitution and the European Defence Community Treaties', 64 (1954-5) *Yale Law Journal* pp. 805-393. Con independencia pues de su virtualidad jurídica y política la garantía de perpetuidad serviría de símbolo al servicio de una democracia militante. Sobre esta temática más amplia, véase el clásico trabajo de Karl Loewenstein, 'Militant Democracy and Fundamental Rights' 31 (1937) *American Political Science Review*, pp. 417-32 y 638-58, y más recientemente, el capítulo de Markus Thiel dedicado a Alemania en el libro editado por este autor, *The Militan Democracy Principle in modern democracies*, Farnham: Ashgate, 2009, pp. 109-146. En cualquier caso, el carácter general y abstracto de la cláusula, la determinación de su contenido mediante referencia a los principios cardinales del Estado Social y Democrático de Derecho contenidos en el Artículo 20 de la Ley Fundamental *hace posible* una interpretación distinta de la misma, no sólo como símbolo jurídico que señala los lindes del Estado Democrático de Derecho (y que en términos lógicos no es inconcebible que pudieran ser traspasados a causa de la evolución del derecho comunitario) sino esencialmente como *símbolo positivo* de la identidad constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho. Téngase presente que el Artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, hoy tenido generalmente como definidor de un concepto universal de constitución democrática, fue durante mucho tiempo considerado como un instrumento político. La Declaración fue concebida como un instrumento político al servicio de la causa revolucionaria y contra la involución. Con independencia de su exactitud histórica, la narración de Thomas Paine en el primer volumen de los Derechos del Hombre, en la que se nos presenta a Lafayette redactando los primeros artículos de la Declaración y presentándolos ante la Asamblea horas antes de la toma de la Bastilla (y llevado del mismo espíritu) fue aceptada como correcta durante largo tiempo. Thomas Paine, *Rights of Man*, Harmondsworth: Penguin, 1984, pp. 52ss. Y más allá de las paternidades y las autorías de los textos, es esencialmente cierta. Véase Lynn Hunt, *Inventing Human Rights*, New York and London: Norton, 2007, pp. 126-135. Sobre la dimension internacional de la Declaración, véase Bailey Stone, *Reinterpreting the French Revolution. A Global Historical Perspective,* Cambridge: Cambridge University Press, 2002 pp. 118ss. Nada de ello ha sido un obstáculo para que el Artículo 16 haya adquirido un valor normativo universal fuera del preciso contexto en que se concibió y redactó.

2. Contrapunto: El formalismo estéril y el unilateralismo fútil del fallo Lisboa

§ 37. Pero a las luces del fallo de las que me he ocupado en las secciones anteriores hay que unir algunas sombras, y muy especialmente, el formalismo estéril del quinteto de competencias irrenunciables de los Estados Miembros y el unilateralismo fútil de la interpretación que los jueces de Karlsruhe hacen de la cláusula de desistimiento del Artículo 50 del Tratado de la Unión Europea.

§ 38. Si bien *el objetivo* de frenar el desbordamiento competencial fruto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es constitucionalmente loable (como argumenté en § 27 y § 35), la técnica específica de delimitar un conjunto de áreas competenciales irrenunciables es altamente problemática, y no ofrece un verdadero remedio al problema que trata de solventar. El argumento sólo puede parecer plausible desde una perspectiva ilusoriamente formal, dado que en realidad el proceso de integración implica en su estadio presente una profunda europeización incluso de los ámbitos competenciales que forman parte del quinteto dibujado por los jueces de Karlsruhe.

Hay al menos dos razones de peso para criticar este quinteto competencial irrenunciable. La primera es la carencia de fundamentación argumentativa. El Tribunal se limita a hacer un uso de un recurso narrativo bien conocido en la ficción, pero escasamente oportuno en el razonamiento práctico, al decir que el carácter inexcusablemente nacional de esta quinta de poderes es evidente («Desde siempre se ha considerado...»). No solamente no es obvio que sea así (es decir, que más que una pluralidad de soluciones constitucionales y de opiniones al respecto, lo que hay es una turbamulta bien nutrida) sino que no es obvio que una eventual tradición finisecular hubiera de determinar por sí misma la forma y manera de operacionalizar un principio estructural de la constitu-

ción europea como es el de división de competencias[140]. La segunda y determinante es que este quinteto es gloriosamente inútil en términos prácticos[141]. Y ello porque en la práctica constitucional europea tales ámbitos *están ya* profundamente europeizados[142]. Por razones de espacio no me es posible probar que tal es el caso en relación con los cinco ámbitos competenciales, por lo que me concentraré en aquel que quizá parece a simple vista el caso menos dudoso, el ámbito en el que el Tribunal pisa terreno más firme: «las decisiones fiscales fundamentales sobre los ingresos y gastos públicos».

§ 39. De conformidad con el fallo Lisboa el estado alemán debería mantener una competencia exclusiva sobre las decisiones fiscales fundamentales sobre los ingresos públicos. De forma específica se afirma que:

> «Se produciría una transferencia del derecho del Bundestag sobre el Presupuesto contraria al contenido sustancial del principio democrático y al derecho de elección del Bundestag alemán, si se comunitariza en lo fundamental la determinación de

[140] Precisamente porque el derecho constitucional en la tradición democrática es un derecho puesto (bien sea como resultado de un procedimiento limitado en el tiempo en la tradición revolucionaria o en módicos plazos en la evolutiva) la caracterización del derecho constitucional común mediante referencia a la expresión «tradiciones constitucionales comunes» es bien problemática.

[141] Obsérvese que hay una neta contradicción entre la presentación formal del quinteto como un conjunto competencial irrenunciable y el reconocimiento de que la definición de los poderes es necesariamente general y abstracta. Nada más revelador de ello que tras referirse a «las decisiones fiscales fundamentales sobre los ingresos y gastos públicos» el Tribunal aclare «en especial, también los motivados por la política social». ¿Quiere eso decir que las competencias sobre gastos *no motivados* por la política social son un poco menos irrenunciables?

[142] En el mismo sentido, Susanne K. Schmidt, 'Being Wrong but Getting It Right? The Lisbon Judgement of the GCC' en Fischer Lescano, Joerges y Wonka, *supra*, nota 126, pp. 41- 46, p. 42.

la clase e importe de los impuestos que afectan a los ciudadanos. El Bundestag alemán debe decidir, de forma responsable con respecto al pueblo, sobre la suma de las cargas de los ciudadanos»[143].

Esta premisa puede parecer en principio *plausible*, visto que se suele asumir en el discurso público e incluso en el académico que la potestad tributaria sigue siendo exclusivamente estatal. En particular, no es infrecuente que se contraste *la federalización* de la política monetaria con *el carácter exclusivamente estatal* del poder tributario[144].

---

[143] Par. 256 de la Sentencia.

[144] No es quizá casualidad que Udo Di Fabio, que fuentes bien informadas señalan como uno de los co-ponentes de la Sentencia Lisboa afirmara que «when looking at the distinctive features of the respective community, the decision as to the burden of charges, tax policy, and the responsibility concerning income and expenses must remain with the national parliaments» en 'Some remarks on the allocation of competences between the European Union and its Member States', 39 (2002) *Common Market Law Review*, pp. 1289-1301, especialmente p. 295. En el mismo entido, Andrew Moravcsik, 'In Defence of the Democratic Deficit. Reassessing Legitimacy in the European Union', 40 (2002) *Journal of Common Market Studies*, pp. 603-24, disponible en *http://www.princeton.edu/~amoravcs/library/deficit.pdf*, p. 607: «Much is thereby excluded from the EU policy agenda. Absent concerns include taxation and the setting of fiscal priorities, social welfare provision, defence and police powers, education policy, cultural policy, non-economic civic litigation, direct cultural promotion and regulation, the funding of civilian infrastructure, and most other regulatory policies unrelated to cross-border economic activity. Certainly the EU has made modest inroads into many of these areas, but only in limited areas directly related to cross-border flows». Más llamativa es la confusion de algunos tributaristas. Vid. Ben Terra y Peter Wattel in *European Tax Law*, London: Kluwer Law International, 1997, p. 3: «the further the harmonization process and, therefore, loss of national freedom of policy in the field of *indirect taxation progresses*, the more the Member States will feel the need to defend their remaining tax sovereignty, that is sovereignty in the field of *direct* taxation *(...)* Finally, we observe that a genuine *European* tax hardly exists as such. There is no tax levied at Community level by a Community tax authority». Son legion las declaraciones de dirigentes politicos en el mismo sentido. Interesante es la posición común de varios gobiernos transmitida a la

Convención de Laeken. Vid. 'Contribution by Mr Peter Hain (UK), Ms Lena Hjelm-Wallen (Sweden), Ms Danuta Hübner (Poland), Mr Ivan Korcok (Slovak Republic), Mr Dick Roche (Ireland) Mr Tunne Kelam, Mr Rein Lang; member of the Convention - Mr Henrik Hololei, Mr Bobby McDonagh, Ms Ana Palacio, Mr Robert Zile, Mr Pat Carey, Mr Kenneth Kvist, Mr Urmas Reinsalu, Lord Tomlinson, Mrs Liina Tonisson; alternate member of the Convention:- «Articles III.59 and III.60 in the draft EU constitutional treaty', DOC CONV 782/03, disponible en *http://register.consilium.eu.int/pdf/en/03/cv00/cv00782en03.pdf*, en la que puede leerse: «We believe that taxation questions are, both historically and in the contemporary world, of profound sensitivity and touch very directly on the relationship of the citizen to the State. One of the key components of a State's sovereignty is its capacity to fully express the preferences of its citizens on taxation, delivered through democratic control and accountability (...)We believe therefore that the right to determine taxation issues should continue to be held at national level. Unanimity on taxation matters in the Council ensures this». Más recientemente, el manifiesto del Partido Cristiano-Demócrata eslovaco de Junio de 2007, en el que se afirma (erróneamente) «the sole authority of the Slovak Republic to decide on the personal income tax and corporate taxes», y se exige al gobierno que rechace activamente «any legally binding acts and other acts of the European Communities and European Union that might concern the harmonisation of such taxes, of their tax base, structure or system...or against any motion to set a new (European) tax». Véase *http://www.konzervativizmus.sk/article.php?1114*. De forma semejante, la posición official del gobierno británico en las negociaciones de la CIG de Lisboa, en la que el entonces Primer Ministro afirmaba «The Mandate for the new amending Treaty meets these red lines. It ensures that our existing labour and social legislation remains intact; protects our common law system, police and judicial processes, as well as our tax and social security systems; and preserves our independent foreign and defence policy. In addition, the Treaty will make clear for the first time that national security remains a matter for Member States» (my italics). The text is available at http://www.fco.gov.uk/Files/kfile/CM7174_Reform_Treaty.pdf. Y el discurso del entonces Ministro de Asuntos Exteriores David Miliband en Brujas 'Europe 2030: Model Power, Not Superpower' el 15 de Noviembre de 2007: «Open markets, subsidiarity, better regulation and enlargement are now far more part of the conventional vocabulary of European debate than a United States of Europe, *centralised taxation* or a common industrial policy. The truth is that the EU has enlarged, remodelled and opened up. It is not and is not going to become a superstate». Disponible en *http://www.brugesgroup.com/MilibandBrugesSpeech.pdf*.

§ 40. Sin embargo, esta percepción no se corresponde en modo alguno con la práctica constitucional europea (reflejada en un número abundante de normas de derecho secundario)[145].

En primer lugar, es bien sabido que tanto el Tratado de París como los Tratados de Roma preveían no sólo la eliminación de barreras arancelarias entre los Estados Miembros, sino también la creación de un arancel común. Esta decisión ha resultado en la transferencia del poder tributario en materia aduanera a la Unión Europea. No sólo las normas arancelarias se contienen en un Reglamento comunitario[146], sino que los aranceles son jurídicamente impuestos europeos, uno de los recursos propios de la Unión[147]. Y si bien la cuantía de los mismos ha disminuido a lo largo del tiempo, a causa de la progresiva reducción de los aranceles en el contexto de la «liberalización» del comercio internacional, ha de tenerse presente la importancia estructural e histórica de los mismos[148].

---

[145] Los cuatro argumentos sucesivos se consideran en detalle en mi 'The Purse of the Polity' en Erik Oddvar Eriksen (ed.), *Making the European Polity. Reflexive Integration in the EU*, London: Routledge, 2005; pp. 187-213.

[146] Véase Reglamento (CEE) 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario, DOCE L 303(1992), de 12 de Octubre de 1992, pp. 1-50, disponible en *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992R2913:ES:HTML*. Véase también Reglamento (CEE) nº 2454/93 de la Comisión, de 2 de julio de 1993, por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) nº 2913/92 del Consejo por el que se establece el Código Aduanero Comunitario, DOCE L 253, de 11 de Noviembre de, pp. 1-766, disponible en *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993R2454:ES:HTML*.

[147] Reafirmado en Decisión 2007/436/CE, Euratom del Consejo, de 7 de junio de 2007, relativa al sistema de recursos propios de las Comunidades Europeas, DOCE L 163, de 23 de Junio de 2007, pp. 17-21, disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:163:0017:01:ES:HTML.

[148] Alan Milward, 'Tariffs as Constitutions'. In Susan Strange and Roger Tooze (eds.), *The International Politics of Surplus Capacity*, London: George Allen and Unwin, 1981, pp. 57-66.

En segundo lugar, la normativa legal que perfila el principal impuesto indirecto en todos los Estados Miembros, y uno de los tres más rediticios en todos ellos, el Impuesto sobre el Valor Añadido, es esencialmente comunitaria, no nacional. La normativa comunitaria no sólo define la base imponible, sino que establece una horquilla dentro de la cual los Estados Miembros han de fijar el tipo ordinario del IVA, y limita la potestad de los Estados de aplicar tipos reducidos o eximir determinadas operaciones económicas[149]. La profunda armonización del IVA es consecuencia directa de que el mismo es también (en una pequeña proporción y de acuerdo con una fórmula que oculta su naturaleza al ciudadano) un recurso propio de la Unión[150]. A ello se añade que el derecho comunitario perfila la base imponible y los tipos máximos y mínimos de los principales impuestos especiales[151].

---

[149] Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, DOCE L 347, de 11 de Diciembre de 2006, pp. 1-118, disponible en *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:347:0001:0118:ES:PDF*

[150] Véase referencia en nota 147.

[151] Por lo que respecta a alcohol y bebidas alcohólicas, véanse 'Directiva 92/83/CEE del Consejo de 19 de Octubre de 1992 relativa a la armonización de las estructuras de los impuestos especiales sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas', DOCE L 316, de 31 de Octubre de 1992, p. 21, disponible en *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1992L0083:20070101:ES:PDF*. Directiva 92/84/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aproximación de los tipos del impuesto especial sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas; DOCE L 326, de 31 de Octubre de 1992, pp. 29-31; disponible en *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0084:es:HTML*. En 2006 la Comisión propuso revisar el tipo mínimo (subiéndolo). Véase Proposal for a Council Directive amending Directive 92/84/EEC on the approximation of the rates of excise duty on alcohol and alcoholic beverages, (COM (2006) 486) disponible en *http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/excise_duties/alcoholic_beverages/COM(2006)486_en.pdf*. Por lo que respecta al tabaco, véanse Directiva 95/59/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 1995, relativa a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de labores del tabaco, *DOCE L 291, 6 de Diciembre de*

En tercer lugar, el derecho secundario de la Unión Europea regula aspectos parciales de la definición de la base imponible de los impuestos personales aplicables tanto a las personas físicas (en materia de tributación del ahorro)[152] como a las jurídicas (régimen fiscal de

---

1995, pp. 40-45, disponible en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Directive&an_doc=1995&nu_doc=59; Directiva 92/79/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aproximación de los impuestos sobre los cigarrillos, *DOCE L 316, 31 de Octubre de 1992, disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0079:es:HTML*; Directiva 92/80/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aproximación de los impuestos sobre el tabaco elaborado, excluidos los cigarrillos; DOCE L *316, 31 de Octubre de 1992, pp. 10-11, disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0080:es:HTML*; las tres fueron modificadas por la Directiva 2002/10/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2002, por la que se modifica la Directiva 92/79/CEE, la Directiva 92/80/CEE y la Directiva 95/59/CE en lo referente a la estructura y a los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco, DOCE L 46, 16 de Febrero de 2002, pp. 26-28, disponible en *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0010:ES:HTML*. En lo que concierne a los productos energéticos y la electricidad, Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad, DOCE L 283, de 31 de Octubre de 2003, pp. 51-70, disponible en *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:283:0051:0070:ES:PDF*.

[152] Véase Directiva 2003/48/CEE del Consejo de 3 de junio de 2003 en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, DOCE L 157, 26 de Junio de 2003, pp. 38-48; y Decisión del Consejo de de 19 de julio de 2004 relativa a la fecha de aplicación de la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, DOCE L 257, of 04.08.2004, p. 7. Las Decisiones del Consejo relativas a la firma y conclusión de acuerdos bilaterales con estados europeos terceros pueden consultarse en DOCE L 385, 29 de Diciembre de 2004, p. 28 y 50 (Suiza), DOCE L 359, 4 de Diciembre de 2004, p. 32 (Andorra); OJ L 379, of 24.12.2004, p. 83 (Liechtenstein); OJ L 381, of 28.12.2004, p. 32 (San Marino); DOCE L 19, 21 de Enero de 2005, p. 53 (Mónaco). Entre la literatura académica, véase M Pires; 'The Wrong Path of the European Union or Do the stork and the fox have the same possibilities? (2002) *EC Tax Review*, pp. 160-1; M. Dassesse, 'The EU Directive on Taxation

fusiones transfronterizas[153], distribución de beneficios transfronterizos entre matrices y filiales[154], pago transfronterizo de intereses y cá-

---

of Savings: The Provisional End of a Long Journey', (2004) EC Tax Review, pp. 41-6; Katherina Holzinger, 'Tax Competition and Tax Co-operation in the EU: The Case of Savings Taxation', 17 (2005) Rationality and Society, pp. 475-510 y Adrian Solitander, States, Markets, the Financial Lobby and the European Union Tax Savings Directive, LLM Thesis, University of Helsinki, Faculty of Social Sciences, Department of Political Science available at http://urn.fi/URN:NBN:fi-fe20051873. La Comisión ha establecido un grupo de trabajo con vistas a modificar la Directiva a la luz de la experiencia acumulada desde su entrada en vigor en Julio de 2005. Véase el informe del Expert Group on the Taxation of Savings, 'Review of the operation of the Council Directive 2003/48/EC on taxation of income from savings', disponible en http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/personal_tax/savings_tax/savings_directive_review/working_document_2_en.pdf. Un análisis en Lars Gläser, 'Taxation of Cross-Border Savings: Options for Reviewing the European Approach', 35 (2007) Intertax pp. 726-35.

[153] Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, DOCE L 225, 20 Agosto 1990, pp. 1-5; modificada por Directiva 2005/19/CE del Consejo de 17 de Febrero de 2005, DOCE L 58, 4 de Abril de 2005, pp. 19-27) limita el poder tributario de los Estados de modo que las fusiones y todas las operaciones relacionadas tienen el mismo trato fiscal con independencia de que sean puramente nacionales o sean parte de las mismas empresas constituidas en diversos Estados Miembros. Véase Otmar Tomes and E. Tomsett, 'Issues of the Implementaiton of the Merger Directive in the EC Member States', (1992) *EC Tax Review*, 228; Sobre los cambios introducidos en 2005, véase Eva van den Brande, 'The Merger directive amended: the final version', (2005) *EC Tax Review*, pp. 119-28; Massimiano Aurelio, 'An Analisis of the 2005 Amendments to the Merger Directive', 34 (2006) *Intertax* pp. 333-52 y Daniel Dürrschmidt, 'Comprehensive Approaches to Company Taxation in the European Union and Cross-Border Corporate Reorganizations', 35 (2007) *Intertax*, pp. 152-82.

[154] Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes , DOCE L 225, 20 Agosto de 1990, p. 6. (modificada by Directiva 2003/123/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, DOCE L 7, 13 de Enero de 2004, pp. 41-44) determina que el tratamiento fiscal que los

nones[155], así como rectificación de beneficios entre estructuras empresariales transfronterizas)[156] al establecer normas vinculantes en materia de imposición de los rendimientos del capital.

---

legisladores nacionales han de dispensarse a los dividendos que las sociedades filiales pagan a las matrices establecidas en otros Estados Miembros. La última reforma ha ampliado el ámbito de aplicación de la directiva (incluyendo bajo la misma a la Sociedad Anónima Europea —la Societas Europaea— y a la Sociedad Cooperativa Europea —Societas Cooperativa Europaea—, así como a partir de 2009, a todas las sociedades matrices que tengan al menos un 10% del capital de la subsidiaria. Sobre la directiva, véase Cécile Brokelind, *Une interprétation de la directive sociétés mères et filiales du 23 juillet 1990*, Bruxells: Bruylant, 2000 y de la misma autora 'Ten years of application of the Parent-Subsidiary Directive' (2003) *EC Tax Review*, pp. 158-67. Sobre la reforma, Guglielmo Maestro, 'The 2003 Amendments to the EC Parent-Subsidary Directive: What's next?', (2004) *EC Tax Review*, pp. 164-82.

[155] Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros DOCE L 157, 26 de Junio de 2003, pp. 49-54, se orienta a eliminar la doble imposición de los intereses y cánones de carácter transfronterizo pagados a empresas residentes en la Unión Europea, lo que implica resolver el conflicto competencial a la hora de tasar determinadas bases imposibles corporativas. Véase Paolo Troiano, 'The EU Interest and Royalty Directive: The Italian Perspective', 32 (2004) Intertax pp. 325-32.

[156] 'Convenio 90/436/CEE sobre eliminación de la doble imposición en caso de rectificación de beneficios entre empresas asociadas', OJ DOCE 225, 20 Agosto 1990, pp. 10-24. La aplicación de la Convención está facilitada por el Código de conducta para la aplicación efectiva del Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas', DOCE C 176, 28 de Julio de 2006, pp. 1-7. El Convenio aún no ha entrado en vigor en los veintisiete Estados Miembros. El carácter prolijo del proceso de ratificación ha movido a la Comisión a proponer una nuevo Convenio, que incluye normas de resolución de conflictos entre dos o más estados que hubieran ratificado la actual. Véase 'Convention on the accession of the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Republic of Hungary, the Republic of Malta, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic to the Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises',

En cuarto y último lugar es necesario tener presenta que la interpretación expansiva de las libertades económicas sustentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, seguida por los tribunales nacionales y esencialmente acatada por los Estados Miembros resulta en límites estructurales manifiestos a la discrecionalidad nacional en materia tributaria. Ello explica en buena medida porque la ausencia de armonización «política» en materia de imposición directa ha venido acompañada de una armonización «de facto» (y a la baja, como no podía ser de otro modo) resultado del *apoderamiento* de las empresas y en general detentadores de capital en detrimento de las haciendas públicas que resulta de la jurisprudencia comunitaria[157].

A la vista de todo ello, cabe concluir que no sólo el poder tributario estatal en su conjunto está europeizado por lo que se refiere al marco constitucional de su validez (las cuatro libertades económicas); sino que el poder legislativo tributario ha sido plenamente transferido por lo que se refiere a los aranceles (que «pesan» bastante menos del 1 % del PIB en el conjunto de la Unión) ; ha sido europeizado de forma exhaustiva en lo que concierne al IVA (que «pesa» en torno al 8 % del PIB de la Unión, casi una quinta parte del total de la carga tributaria en los veintisiete estados Miembros). El derecho comunitario condiciona también el poder de definición legislativa del impuesto en lo que concierne a los impuestos especiales (que son un recurso tributario importante en muchos estados, fluctuando de poco más de un décimo a una quinta parte del total de la carga tributaria), y tiene una incidencia que dista de ser irrelevante incluso en la configuración de los impuestos personales

DOCE C 160, 30 Junio 2005, pp. 1-10. En la literature académica, véase Luc Hinnekens, 'The Tax Arbitration Convention', (1992) *EC Tax Review*, pp.70; y 'Different Interpretations of the European Tax Arbitration Convention', (1998) *EC TaxReview*, pp. 258-76.

[157] Como sostengo mediante la reconstrucción de la jurisprudencia del Tribunal en materia de fiscalidad directa de los últimos treinta años en 'The Unencumbered European Taxpayer', en Letelier y Menéndez, *supra*, note 85, pp. 157-268.

(respecto de los que es difícil cuantificar la influencia de la Unión Europea). Al tiempo que si bien de forma modesta, la Unión Europea ha asumido el poder recaudatorio (aunque lo ejerza a través de agentes administrativos nacionales) en relación con los aranceles y de forma limitada el IVA. Si tal es la realidad constitucional, la cuestión no es si ha de europeizarse o no el poder tributario, sino en qué consista y a qué sirva la europeización. A la vista de lo cual, designar al poder tributario como parte de las competencias irrenunciables del estado alemán implica o bien caer en un irredentismo melancólico o simplemente dejarse llevar por un formalismo destinado a la esterilidad constitucional[158].

§ 41. Asimismo, la caracterización del derecho a retirarse de la Unión como una prerrogativa unilateral de los Estados es difícilmente reconciliable con la caracterización de la Ley Fundamental como abierta y cooperativa, salvo que se haga la salvedad expresa de que la unilateralidad es sólo estrictamente aplicable en aquellas situaciones límite en las que la identidad constitucional de los Estados Miembros (y por ende la de la propia Unión Europea) se vea amenazada por el desarrollo del derecho comunitario.

Tal interpretación del derecho de abandono y desistimiento del proceso de integración es *a priori* difícil de reconciliar con la caracterización del Artículo 23 de la Ley Fundamental como un mandato de integración. En realidad, el abandono *no justificado* debe ser considerado *como inconstitucional desde una perspectiva interna a*

[158] En realidad, lo que debería sorprendernos es la contradicción lógica entre la caracterización del proceso de integración europea como la larga marcha hacia la integración de las economías nacionales (el mercado único libre de obstáculos a las cuatro libertades económicas) y la asunción de que la potestad tributaria *pueda seguir* en manos nacionales. Y ello por la simple razón de que los impuestos son el medio jurídico *par excellence* para definir y mantener las barreras económicas. La integración europea fue *desde sus inicios* un proceso encaminado a europeizar el poder tributario, con independencia del medio y la manera de hacerlo en relación con cada figura tributaria específica.

la Constitución alemana, y susceptible por tanto de ser sometido a un control de constitucionalidad negativo ante el Tribunal Constitucional alemán. A ello se añade, como se comentó en relación con el tenor literal de la cláusula equivalente en el Tratado Constitucional[159], y sigue siendo válido ahora, que la «positivización» del derecho de abandono supone en realidad una «comunitarización» del mismo. O lo que es lo mismo, no sólo no se amplía la discrecionalidad con que puede ejercerse el derecho de secesión en el derecho internacional[160], sino que tal facultad se convierte en un derecho concedido por el ordenamiento comunitario, y por tanto sujeto a interpretación colectiva por parte de los Estados Miembros, y no a la veleidad unilateral de uno de ellos (ni siquiera si la determinación de los perfiles normativos del mismo se dejara en manos del Tribunal Constitucional nacional).

§ 42. Quizá las artistas más cortantes de este argumento del Tribunal puedan suavizarse si consideramos que el derecho de secesión *unilateral* ha de entenderse aplicable estrictamente en las situaciones límite en las que el abandono de la Unión Europea venga exigido por el mandato de defensa de la Constitución Alemana (y con ella de la europea y del derecho constitucional como medio de integración social). En ese sentido quizá puede reconstruirse lo dicho en otro pasaje del fallo Lisboa:

> «Se produciría un déficit democrático estructural no aceptable de conformidad con el artículo 23, en conexión con el artículo 79.3 LFB, si la extensión de las competencias, el poder

---

[159] Mattias Kumm, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty', 11 (2005) *European Law Journal*, pp. 262-307.

[160] Pero véanse Marcelo G. Kohen (ed.), *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006; y desde una perspectiva más teórico-política, Allen Buchanan, *Justice, legitimacy, and self-determination*: *moral foundations for international law*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

de dirección política y el grado de autonomía en la formación de la opinión de las instituciones de la Unión, alcanzaran un nivel similar al nivel de la Federación en un Estado federal (es decir, un nivel análogo al de un Estado), porque por ejemplo las competencias legislativas esenciales para la autodeterminación democrática se ejercieran principalmente en el plano de la Unión. Si se produce, en el curso de la evolución del proceso de integración europea, un desequilibrio entre la clase y el alcance de los derechos de soberanía ejercidos y el grado de legitimación democrática, le corresponde a la República Federal de Alemania, sobre la base de su responsabilidad con respecto a la integración, impulsar una reforma y, en último extremo, incluso rechazar seguir participando en la Unión Europea»[161].

II. ¿UNA TEORÍA OBSOLETA Y CADUCA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL?

§ 43. La segunda línea de crítica al fallo Lisboa censura el carácter fragmentario, incompleto, repetitivo, confuso y teóricamente pobre de la sentencia[162]. En particular, se afirma que el tribunal se ha dejado llevar de una concepción anticuada y obsoleta de la soberanía, de la democracia en un solo país[163], lo que ciega a los jueces ante la realidad *plural* de la constitución material de la Unión Eu-

---

[161] Par. 264 de la Sentencia.

[162] Schonberger, *supra*, nota 15, p. 1201, 1210, 1214.

[163] Christian Tomschat 'The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon', 10 (2009) *German Law Journal*, pp. 1259-1261, p. 1260; Halberstam y Möllers, *supra*, nota 16, p. 1247 afirman que la Sentencia se ha inspirado en lo pero de la tradición constitucional alemana, que confunde democracia y parlamentarismo. Daniel Thym, 'In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court', 46 (2009) *Common Market Law Review*, pp. 1795-1822,p. 1797 hace referencia al uso reiterado del concepto de soberanía nacional. Jo Eric Khushal Murkens, 'Identity Trumps Integration', 48 (2009) Der staat, pp. 517-534.

ropea; y de las fuentes de legitimidad, sea democrática o no, del proceso de integración[164].

§ 44. Sin embargo, como trataré de argumentar en este apartado, tales críticas no tienen en cuenta que una lectura detallada y sistemática de la sentencia revela que la misma contiene los mimbres de una teoría constitucional coherente y completa del proceso de integración europea, en condiciones de ofrecer no sólo un fundamento teórico sólido de la constitución de la Unión, sino de resolver de forma simultánea y consistente los principales problemas de la práctica constitucional europea, y en particular, los que podemos denominar como los misterios del origen y de la primacía del derecho comunitario. Esta constatación es la que me lleva, como anticipé en la introducción y desarrollaré en la conclusión, a considerar que es posible ofrecer una lectura en clave europea de la decisión, y que la misma contribuye notablemente al entendimiento cabal del derecho constitucional europeo. Todo ello no es óbice para dar parcialmente la razón a las críticas, al menos en lo que se refiere a los pasajes de la sentencia en la que el Tribunal se empeña en determinar el quinteto de competencias irrenunciables por parte de los Estados Miembros y a caracterizar el derecho de sece-

[164] Halberstam y Möllers, *supra*, nota 16, p. 1247 se hacen eco de una crítica ampliamente compartida, acerca de la incorrecta comprensión del papel legitimador del Parlamento Europeo. Christian Tomuschat, 'The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon', 10 (2009) *German Law Journal*, pp. 1259-61 critica a Karlsruhe por su escasa generosidad a la hora de reconocer los logros y las contribuciones a la democracia del proceso de integración. Damian Chalmers, 'A Few Thoughts on the Lisbon Judgment', en Fischer Lescano, Joerges y Wonka, *supra*, nota 126, pp 5-10. p. 7 apunta al carácter contradictorio de la premisa fundamental del Tribunal Constitucional Alemán: Si la Unión Europea no legitima democráticamente ¿de dónde viene la necesidad de una larga y compleja reflexión sobre el encaje constitucional?; Thym, *supra*, nota 163, p. 1814 sostiene que el Tribunal pone de relieve una confianza ilimitada en la democracia nacional al tiempo que minusvalora la posibilidad de desarrollar una democracia supranacional.

sión en términos unilaterales, como tuve ocasión de criticar en la sección anterior.

1. Los mimbres de una teórica sintética del derecho constitucional europeo

§ 45. En este apartado argumentaré (A) que el fallo Lisboa contiene cinco elementos centrales con los que (B) construir una teoría completa y coherente del derecho constitucional europeo, la que denomino (a falta de una expresión más adecuada) la teoría de la síntesis constitucional del derecho comunitario europeo. Ello nos sitúa (C) en condiciones de resolver los dos «misterios» que subyacen a los grandes problemas de la práctica constitucional europea.

A) *Los cinco elementos centrales de la teoría constitucional subyacente al fallo Lisboa*

§ 46. La sentencia Lisboa reitera y expande los elementos con los que el Tribunal Constitucional Alemán ha venido entendiendo el derecho constitucional europeo; en particular, es fundamental observar que (a) el Tribunal afirma que el Artículo 23 de la Constitución, que contiene la llamada cláusula europea, contiene no sólo una *habilitación al legislador para poner en marcha la integración*, sino un *mandato de integración*; (b) el derecho comunitario es visto como un ordenamiento constitucional, si bien la *senda* constitucional por la que el proceso de integración transita es distinta a la senda constitucional alemana (e implícitamente, distinta a la senda por la que transita cualquiera de las constituciones nacionales; (c) en particular, el derecho comunitario se caracteriza por ser derivado, en el sentido preciso de resultar de la transferencia colectiva de las normas constitucionales nacionales al ordenamiento supranacional; (d) que pese al carácter derivado del derecho comunitario, el proceso de integración implica la apertura de la Constitución

nacional, y en concreto, la reconsideración reflexiva de los estándares constitucionales nacionales a la luz del colectivo de constituciones nacionales; (e) que la conciliación de la primacía de la constitución y del mandato de integración exigen una amplia aceptación de los principios estructurales y sustantivos del derecho comunitario; de forma y manera que el control de constitucionalidad nacional de las normas europeas ha de ser visto no sólo como un mecanismo de defensa de la integridad de la constitución nacional, sino también como un medio de custodia de la integridad de la constitución supranacional.

a) El artículo 23 de la Ley Fundamental como mandato de integración

§ 47. Un primer elemento fundamental en la teorización del derecho comunitario subyacente al fallo Lisboa es la caracterización de la «cláusula europea» inserta en el Artículo 23 de la Ley Fundamental como un *mandato de integración*, y no una mera cláusula habilitadora o facilitadora de la misma.

> «El *mandato* constitucional de realización de una Europa unida que deriva del artículo 23.1 LFB y del Preámbulo (...) significa en especial para los órganos constitucionales alemanes *que no queda a su discreción política participar o no en la integración europea.* La Ley Fundamental quiere una integración europea y un orden internacional de paz: por eso no sólo rige el principio de apertura al Derecho internacional, sino también el principio de apertura al Derecho europeo»[165].

La integración supranacional no es pues algo *opcional* o meramente *posible*, sino algo constitucionalmente *mandado*. Lo que ya podía derivarse de una interpretación contextual de la redacción original de la Ley Fundamental Alemana, que en los apartados pri-

[165] Par. 225 de la Sentencia.

mero y segundo del Artículo 24 establecía una clara conexión entre integración supranacional y consecución de objetivos fundamentales del estado constitucional (paz y seguridad colectivas)[166]. Y de manera aún más neta tras la reforma de 1992 y la inserción de la «cláusula europea» en la que se hace mención directa y explícita al proceso de integración europeo. Al resaltar que el Artículo 23 no meramente posibilita, sino que ordena la integración europea, los jueces de Karlsruhe están poniendo de relieve que el ordenamiento jurídico europeo es un complemento necesario para la consecución de los objetivos de la Ley Fundamental. O dicho de otra forma, que la realización de los principios constitucionales *no es posible* limitándose a la realización de la Ley Fundamental Alemana; si y sólo si existe un marco normativo regulador de las relaciones sociales y económicas *que exceden las fronteras nacionales* será posible realizar los principios de la Ley Fundamental Alemana. O dicho de forma sintética, caracterizar la integración europea como algo *mandado* por la Constitución implica reconocer la imposibilidad del estado constitucional *en un solo país*, si se me permite parafrasear y sacar de su contexto una frase central en una vieja disputa quizá no tan ajena a la idea de integración europea[167].

[166] Karl Loewenstein, 'Sovereignty and International Cooperation', 48 (1954) *American Journal of International Law*, pp 222-244. Antonio La Pergola, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto*, Milano: Giuffrè, 1961; Monica Claes, 'Constitutionalising Europe at its source', 24 (2005) *Yearbook of European Law*, pp. 81-125 and Christopher Grabenwarter, 'National Constitutional Law Relating to the European Union', in Armin Von Bogdandy and Jürgen Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford: Hart Publishers, 2006, pp. 95-144; on more recent clauses, see Anneli Albi,'«Europe» Articles in the Constitutions of Central and Eastern European Countries', 42 (2005) *Common Market Law Review*, pp. 399-423

[167] Liev Trotsky, *La Revolución Traicionada*, Madrid: Fundación Federico Engels, 1991. Sobre la relación entre el pensamiento internacionalista de Trotsky y la idea de integración europea, la referencia ineludible es el libelo del líder socialista '¿Es apropiado el momento para la consigna «Los Estados Unidos de Europa» , disponible en *http://www.marxists.org/espanol/trotsky/ceip/permanente/esapropiadoelmomentopara.htm*, de sentido obviamente distinto al

b) El carácter constitucional del derecho comunitario

§ 48. Un segundo elemento fundamental de la argumentación de la sentencia Lisboa es la caracterización del derecho comunitario como un ordenamiento constitucional. El fallo es formalmente ambivalente a este respecto. De una parte, y siguiendo una terminología consolidada, el Tribunal habla de una constitución «funcional»[168] y de la Unión como una asociación de estados (*Verbund*).

> «La fuente del poder comunitario y de la constitución europea que éste crea, *en sentido funcional,* son los pueblos de Europa democráticamente constitucionalizados en sus respectivos países»[169].
>
> «[...Ello] justifica una autonomía supraestatal amplia en el día a día político, pero siempre objetivamente limitada. La autonomía sólo puede ser aquí entendida —como es habitual en el Derecho de la autonomía administrativa— como un poder soberano autónomo pero derivado, es decir, cedido por otros sujetos jurídicos»[170].
>
> «El concepto de *Verbund* [unión] comprende una asociación estrecha y permanente entre Estados que continúan siendo soberanos, una asociación que ejerce el poder público sobre la base de tratados, y cuyo ordenamiento fundamental solamente está sujeto a la libre disposición de los Estados miembros, y en

---

panfleto de Lenin de 1915. Sobre la cuestión caída en el olvido pero no por ello poco interesante de la actitud soviética ante las Comunidades Europeas, véase el informativo A. P. Binns, 'From USE to EEC: The Soviet Analysis of European Integration under Capitalism', 30 (1978) *Soviet Studies*, pp. 237-61.

[168] Cabe recordar que el Tribunal Constitucional Alemán (22 BVerfGE 293 at 296) caracterizó a los Tratados fundacionales como constitución en sentido material de la Unión Europea antes que el propio Tribunal de Justicia, siguiendo un uso que había apuntado Maurice Lagrange en funciones de Abogado General del Tribunal (Asunto 8/55, *Fédération charbonnière de Belgique*, sentencia de 16 de Julio de 1956, [1954-6] ECR 292, at p. 299.

[169] Par. 231 de la Sentencia.

[170] Par. 231 de la Sentencia.

la que los pueblos —es decir, los ciudadanos nacionales— de los Estados miembros continúan siendo los sujetos de la legitimación democrática»[171].

§ 49. Pese a la ambivalencia de esta terminología (una constitución, pero meramente funcional; una asociación que ejerce el poder público, pero sobre la base de Tratados; autonomía en el día a día, pero del tipo que gozan los entes administrativos), la interpretación sistemática del fallo implica la caracterización del derecho comunitario en forma netamente distinta a la propia del derecho internacional clásico; y más próxima a la característica del derecho constitucional estatal. Y ello en atención a dos premisas fundamentales del fallo. Primera, la caracterización del Artículo 23 como mandato de integración (en los términos que acabamos de ver en el epígrafe anterior) implica que el derecho comunitario ha de ser visto como una extensión del derecho constitucional nacional, como un conjunto de normas jurídicas que contribuyen de forma fundamental a la realización de los objetivos constitucionales. El derecho comunitario no es un mero ordenamiento de composición de intereses estatales (como pueda serlo el derecho del comercio internacional, incluso bajo el Tratado de la Organización Mundial del Comercio), sino un ordenamiento imprescindible para la realización de los principios y valores constitucionales. Segunda, la afirmación explícita de que la legitimación de la Unión Europea tiene que ser democrática y no meramente funcional implica una caracterización del derecho comunitario bien distinta de los ordenamientos que se ocupan de taras puramente reguladoras[172]. Especialmente si tenemos en cuenta que si bien la sentencia afirma netamente que la legitimación democrática de la Unión es esencialmente derivada, la misma resulta de una transferencia de legitimación democrática de los Estados Miembros a la Unión Europea[173], y se complementa con

[171] Par. 229 de la Sentencia.

[172] Contrástese con Giandomenico Majone, 'Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards', 4 (1998) *European Law Journal*, pp. 5-28.

[173] Par. 177 de la Sentencia, que ya fue parcialmente reproducido.

un módico de legitimación democrática directa, que habrá de aumentar a medida que lo haga el grado de afectación de la actividad social en Europa por las normas y decisiones comunitarias[174].

§ 50. A ello se añade que si el Tribunal negara el carácter constitucional de la Unión Europea, el sentido mismo de las principales cuestiones de que trata el fallo sería incomprensible[175]. El carácter *materialmente constitucional* del derecho comunitario es una premisa implícita pero fundamental del planteamiento y del razonamiento del Tribunal. La larga narrativa histórica, los complejos argumentos acerca de los límites procesales, estructurales y sustantivos al proceso de integración (incluida la vindicación del monopolio del control de constitucionalidad del derecho comunitario, que carecería de sentido lógico si el derecho comunitario fuera un ordenamiento puramente regulador de naturaleza administrativa), la dilucidación del procedimiento adecuado para trascender la forma estatal nacional *no tienen sentido* salvo que estemos discutiendo acerca de la relación entre el ordenamiento constitucional nacional y un ordenamiento como el comunitario *de hechura y trascendencia constitucional*.

c) El carácter derivado y transferido del derecho constitucional comunitario

§ 51. Pero si bien el Tribunal Constitucional Alemán acepta la condición y carácter constitucional del derecho comunitario, no es menos cierto que establece una distinción neta entre el constitucionalismo democrático *nacional* y el constitucionalismo democrático *supranacional*. Esa diferencia consiste esencialmente en el carácter derivado y por ende «transferido» del derecho constitucional europeo.

[174] Par. 262 de la Sentencia, que ya fue reproducido en lo que aquí nos interesa.

[175] Como agudamente apunta Chalmers, *supra*, nota 164.

§ 52. El Tribunal insiste de forma expresa en el carácter derivado del derecho comunitario, pero al hacerlo vislumbra la continuidad sustantiva entre el derecho constitucional nacional y el derecho comunitario:

> «La fuente del poder comunitario y de la constitución europea que éste crea, en sentido funcional, son los pueblos de Europa democráticamente constitucionalizados en sus respectivos países. La «Constitución de Europa», el Derecho de los Tratados internacionales o Derecho primario, continúa siendo un ordenamiento fundamental derivado[176].

Que el derecho comunitario sea un ordenamiento derivado implica, como ya fuera afirmado una y otra vez en la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional Alemán, no sólo que los Estados son señores de los Tratados, sino que las instituciones supranacionales están plenamente sometidas al ordenamiento dado por los señores de los Tratados (siendo la carencia de *kompetenzkompetenz* por parte de la Unión Europea una consecuencia lógica de lo anterior).

§ 53. Sin embargo, no es en modo alguno baladí que al carácter derivado del derecho comunitario europeo se una el carácter «transferido» del mismo. Y ello en la medida en la que se afirma la fuente última del derecho comunitario son «los pueblos de Europa democráticamente constitucionalizados». Es importante que el sujeto de imputación sean los pueblos de Europa tal y como los constituyen sus respectivas constituciones, como comunidad imaginada constitucionalmente, porque ello implica que son en último término las constituciones nacionales la fuente última del derecho comunitario[177]. Ello implica una continuidad sustancial entre el derecho

[176] Par. 231 de la Sentencia. La cita sigue, como tuvimos ocasión de comprobar, e indico ahora por no ocultar ninguna dificultad en la tarea de interpretación sistemática, con la comparación de la autonomía de la Comunidad con la propia de las agencias administrativas independientes.

[177] De este modo, la caracterización de los Estados Miembros como señores de los Tratados, que aparece en este mismo parágrafo de la Sentencia («La

constitucional de la Unión Europea y el derecho constitucional de los «pueblos de Europa democráticamente constitucionalizados», es decir, entre el derecho constitucional europeo y el derecho constitucional común a los Estados Miembros. O, en la jerga del Tribunal de Justicia tomada en préstamo del tenor literal de los Tratados, de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros de la Unión[178]. Es paradigmático el siguiente párrafo:

> El principio de atribución singular y restringida de competencias es por ello no sólo un principio de Derecho europeo (...), sino que toma —al igual que la obligación de la Unión Europea de respetar la identidad nacional de los Estados miembros (artículo 6.3 TUE; artículo 4.2 frase 1 TUE versión Lisboa)— principios constitucionales de los Estados miembros. El principio de Derecho europeo de atribución singular y restringida de competencias y la obligación de Derecho europeo de respeto a la identidad son en esta medida expresión en los tratados del fundamento del poder de la Unión en el Derecho constitucional estatal[179].

autorización para ejercer competencias supranacionales deriva en todo caso de los Estados miembros de dicha organización. Por dicho motivo son ellos los que con carácter permanente continúan siendo los señores de los tratados»), no ha de interpretarse como una licencia a los gobiernos de los Estados Miembros para reformar la Unión en Conferencia Intergubernamental, sino antes al contrario —algo que sería obviamente contradictorio con la caracterización de la deriva gubernamental como riesgo para la democracia europea— como equivalente a la afirmación de que las verdaderas señoras de los Tratados son las constituciones nacionales en tanto que colectivo constitucional. De ahí que la trascendencia de la constitución nacional a favor de una constitución federal europea requiera una decisión *constituyente;* y que esa nueva constitución europea tenga que escribirse valiéndose de la gramática del derecho constitucional democrático sintéticamente encapsulada en la garantía de perpetuidad de la Constitución alemana*)*. Y en términos prácticos, que el proceso de Laeken fue más acorde con la práctica constitucional europea que el de Lisboa.

[178] Una expresión ciertamente problemática a la vista de la historia constitucional de los Estados fundadores de la Unión circa 1951. Cf. Artículo 215 en la redacción original del Tratado de Roma: «En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados Miembros».

§ 54. El ordenamiento europeo es pues un ordenamiento constitucional; del mismo modo que la integración europea es una instancia más de integración social y política mediante derecho constitucional. Pero el derecho constitucional *profundo* de la Unión Europea no es un derecho propio, sino un derecho derivado de las normas constitucionales nacionales. Es el resultado de la integración mediante un derecho constitucional que no surge de un acto constituyente individual, sino de los diversos actos constituyentes nacionales en los que se decide en primer lugar en términos abstractos (al redactar la constitución nacional en forma de la cláusula europea contenida en la misma) y concretos posteriormente (al ratificar los Tratados fundacionales) transformar la constitución autárquica de cada Estado Miembro en una constitución cooperativa y abierta. El derecho comunitario no surge ni *ex nihilo* ni *en contraposición* a los derechos constitucionales nacionales. Es en todos los sentidos hijo legítimo de los mismos, y es por ello que su código normativo resulta de una transferencia casi completa de las madres constitucionales que son las leyes fundamentales nacionales a la hija constitucional que es la Constitución Europea.

d) La redefinición de los estándares constitucionales nacionales de forma reflexiva

§ 55. En la Sección I ya dimos cuenta de la elaboración en el fallo Lisboa de los límites sustantivos a la integración europea y de los cauces jurisdiccionales para hacerlos valer (§§ 9 y 10). Lo que los autores críticos con la Sentencia han tendido a ignorar es que de forma simultánea, el Tribunal Constitucional Alemán ha profundizado el proceso de apertura del canon de constitucionalidad nacional[180].

[179] Par. 234 de la Sentencia.

[180] Amén de que la especificación de los límites del derecho comunitario puede parecer a simple vista heraldo de una actitud más restrictiva y vigilante, pero al mismo tiempo supone estructuralmente concretar (y reducir) el ámbito

Por lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales, y como ya queda dicho pero quizá no es excesivo reiterar ahora, la apertura del canon nacional es máxima, ya que los jueces de Karlsruhe enervan su función de custodios de los derechos constitucionales nacionales en atención a la equivalencia del sistema de protección comunitario:

> El Tribunal Constitucional Federal ha limitado su competencia de carácter general, originalmente asumida, a controlar la ejecución del Derecho comunitario europeo en Alemania con respecto al estándar de los derechos fundamentales de la Constitución alemana (...), y lo ha hecho en la confianza de que esta obligación se realiza de forma equivalente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas»[181].

En lo atinente al control de los eventuales *ultra vires* en que pudiera incurrir el legislador comunitario, el Tribunal Constitucional define el estándar de control mediante referencia al principio de atribución de competencias (que deriva del marco constitucional nacional de integración, pero que también es parte integrante del derecho comunitario) y al principio de subsidiariedad (que es originalmente un principio comunitario, aunque sustantivamente pueda considerarse afín al principio federal, o más precisamente, como una de las posibles expresiones o declinaciones del mismo, lo que explicaría la facilidad con la que se incorporó en 1992 en el Artículo 23 de la Ley Fundamental)[182]. Ello implica la plena integración del principio *supranacional* en materia de división de competencias en el canon de constitucionalidad nacional:

---

en el que excepcionalmente el derecho constitucional nacional prima sobre el derecho comunitario, ámbito que ha ido convirtiéndose en cada vez más limitado a medida que avanzaba el proceso de integración. Sobre el particular, Thym, supra, nota 163, p. 1807 argumenta en este sentido que el modo y manera en que se define la identidad constitucional en esta sentencia es una prueba más de la visión abierta y cooperativa que sustenta el Tribunal Constitucional Alemán de la Ley Fundamental.

[181] Par. 337 de la Sentencia.

> «Cuando no puede conseguirse la protección jurídica en el plano de la Unión, el Tribunal Constitucional Federal verifica si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos se atienen, desde el respeto al principio de subsidiariedad de Derecho comunitario y de la Unión (artículo 5.2 TCE; artículo 5.1 frase 2 y artículo 5.3 TUE versión Lisboa), a los límites de los derechos de soberanía que tienen reconocidos en virtud del principio de atribución singular y restringida de competencias»[183].

Y finalmente, por lo que respecta al control de identidad constitucional que se explicita en esta sentencia, el Tribunal afirma que el ejercicio de la misma mediante referencia al Artículo 79.3 de la Ley Fundamental ha de realizarse teniendo presente no sólo el mandato de integración del Artículo 23 de la Ley Fundamental, sino el principio de lealtad constitucional, que es parte del derecho constitucional tanto alemán como europeo:

> «El ejercicio de dicha competencia de control, que está basada en el Derecho constitucional, sigue el principio de apertura hacia el Derecho europeo de la Ley Fundamental, y no contradice por ello el principio de cooperación leal (artículo 4.3 TUE versión Lisboa); de otro modo, las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros soberanos, reconocidas en el artículo 4.2 frase 1 del TUE versión Lisboa, no podrían quedar protegidas en el proceso de progresiva inte-

[182] Sin embargo, conviene tener presente que no sólo la Ley Fundamental no contenía hasta la reforma de 1992 ninguna mención expresa al principio de subsidiariedad, sino que habríamos buscando en vano una discusión del mismo en los comentarios académicos a la Ley Fundamental. Por lo que si bien existía una clara afinidad normativa entre el principio federal y el principio de subsidiariedad, el Tratado de Maastricht introdujo el concepto en la teoría constitucional alemana. Véase Theodor Schilling, 'A New Dimension of Subsidiarity: Subsidiarity as a Rule and as a Principle', 14 (1994) *Yearbook of European Law*, 203-257. Más recientemente, véase Daniel Halberstam, 'Federal Powers and the Principle of Subsidiarity' in V. Amar and M. Tushnet (eds.) *Global Perspectives on Constitutional Law*, New York: Oxford University Press, 2009, pp. 34-47.

[183] Par. 240 de la Sentencia.

> gración. A este respecto, las garantías —tanto la de Derecho constitucional como la de Derecho de la Unión— de la identidad constitucional nacional van de la mano en el espacio jurídico europeo»[184].

A lo que se añade, en los términos que ya tuvimos ocasión de comentar (§ 36), la definición de la identidad constitucional alemana, de la garantía de perpetuidad, mediante referencia a los principios del derecho internacional, rechazando pues una caracterización exclusivamente tudesco-alemana de los mismos:

> Mediante la así llamada garantía de perpetuidad, la Ley Fundamental reacciona por un lado frente a las experiencias históricas de vaciamiento velado o abrupto de la esencia liberal de un ordenamiento fundamental democrático. Pero también pone de relieve que la Constitución de los alemanes posee, en consonancia con la evolución internacional, precisamente también desde la existencia de las Naciones Unidas, un fundamento universal, que no debe ser modificable por el Derecho positivo[185].

En suma, al redefinir (como veremos) el canon de constitucionalidad nacional con referencia al colectivo de constituciones nacionales, el Tribunal Constitucional Alemán está cerca de sugerir el señorío constitucional ha de ser desempeñado por el colectivo de constituciones nacionales, no por cada una de ellas de forma aislada y autárquica. De ahí la predisposición a restringir la propia competencia judicial nacional (lo que efectivamente explica la enervación del control de constitucionalidad nacional sobre actos comunitarios en materia de protección de derechos fundamentales):

---

[184] Sobre la lealtad constitucional, véase Daniel Halberstam, 'Of Power and Responsibility: The Political Morality of Federal Systems', 90 (2004) *Virginia Law Review*, pp. 731-834.; y más recientemente del mismo autor 'Beyond Competences: Cooperative Federalism and the Duty of Cooperation', disponible en *http://www.fedtrust.co.uk/uploads/constitution/halberstam.pdf*

[185] Par. 218 de la Sentencia. Thym, *supra*, nota 163, p. 1810 indica la importancia de esta apertura, que encuentra ulteriormente confirmada en el hecho de que se reitere en la directriz cuarta de la Sentencia.

> «El mandato de integración de la Ley Fundamental y el Derecho europeo vigente contenido en los Tratados exigen, con la idea de una comunidad jurídica del ámbito de la Unión, la limitación del ejercicio del poder judicial de los Estados miembros. No deben producirse efectos que pongan en peligro la integración por el hecho de que la unidad del ordenamiento jurídico de la Comunidad sea puesta en cuestión por sentencias de distinta aplicación de los tribunales de los Estados miembros»[186].

La apertura reflexiva de los estándares constitucionales nacionales a los supranacionales europeos es una consecuencia natural del mandato de integración del Artículo 23 y de la transferencia constitucional implícita en la construcción de un orden constitucional supranacional derivado. Porque si los principios europeos son la expresión del derecho constitucional común, la europeización de los estándares constitucionales nacionales implica una apertura reflexiva al colectivo de constituciones nacionales. Al mismo tiempo, implica la aceptación de la atribución al Tribunal Constitucional Alemán de la condición de miembro del colectivo de garantes de la constitución europea. Y ello porque en la medida en la que el Tribunal haga uso de su competencia de custodio de los límites del derecho comunitario mediante referencia a los estándares del propio derecho comunitario, estará decidiendo conflictos constitucionales de trascendencia europea de acuerdo con su propia interpretación de los principios constitucionales del derecho comunitario[187].

---

[186] Par. 337 de la Sentencia.

[187] Hay un claro paralelismo con la interpretación del artículo 34.1 del Reglamento Bruselas I (Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOCE L 12 de 16 de Enero de 2001) en el que se hace referencia al «orden público del estado requerido». Si bien el orden público sigue siendo nacional, es parte de un instrumento normativo encaminado a lograr la libre circulación de sentencias en el interior de la Unión, y cuya interpretación autorizada está en manos del Tribunal de Justicia. Cf. Elena Rodríguez Pineau 'European Union International Ordre Public', 3 (1993-1994) *Spanish Yearbook of International Law*, pp. 43-88. En la Sentencia en el Asunto C-7/98, *Krombach*, de 28 de

e) Primacía, efecto directo y dinámica de exploración constitucionalizadora

§ 56. El Tribunal Constitucional Alemán acepta de forma expresa los principales principios estructurales del derecho comunitario, y específicamente la primacía y el efecto directo. A ello se une una aceptación de la dinámica de *exploración constitucional* implícita en doctrinas como la del *effet utile* del derecho comunitario.

Ciertamente, la aceptación de la primacía se produce no de modo incondicionado, sino teniendo en cuenta la particular senda constitucional seguida por la Unión Europea. Al carácter derivado del derecho comunitario corresponde una primacía condicional:

> [L]a primacía del Derecho de la Unión solamente rige en virtud de y en el marco de la aún vigente atribución constitucional[188].

Lo que se perfila negativamente excluyendo tanto que la primacía implique la trascendencia del estadio «comunitario» de la integración, lo que se resalta valiéndose de la terminología de «primacía de aplicación» en contraste con la primacía original o constitucional:

> Con la Declaración número 17 relativa a la primacía aneja al Tratado de Lisboa, la República Federal de Alemania no reconoce una primacía de aplicación del Derecho de la Unión

---

Marzo de 2000, Rec. I- 1935, el Tribunal de Justicia afirmó que «si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante». El resultado consecuente es la progresiva elaboración descentralizada de un concepto de orden público europeo por los tribunales nacionales. Es interesante notar que la Sentencia Krombach hace referencia al papel central que han de desempeñar los derechos fundamentales en la determinación del contenido del concepto de orden público (§§25-27, 37-38).

[188] Par. 240 de la Sentencia.

incondicional y dudosamente constitucional, sino que confirma solamente la situación legal vigente tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional Federal[189].

Tampoco es acertada la presunción de que, debido a las extensas ampliaciones competenciales, resultaría prácticamente imposible para el Tribunal Constitucional Federal verificar el respeto del principio de atribución de competencias por la Unión Europea y las consiguientes consecuencias jurídicas en Alemania, y ya no sería posible proteger la sustancia de la identidad constitucional y de la protección alemana de los derechos fundamentales[190].

§ 57. Dicho lo cual, es pertinente tener presente que la progresiva clarificación de los límites de la primacía del derecho comunitario sólo a primera vista conduce a reducir el ámbito en el que opera la misma. Dado que el punto de partida en el razonamiento constitucional era el de la primacía *incondicional* de la Constitución (al menos en la inmensa mayoría de los ordenamientos constitucionales, incluido el alemán, y sin duda el italiano, de lo que da fe la sentencia *Costa* de la consulta transalpina)[191], la progresiva concreción y esclarecimiento de los límites estructurales y sustantivos supone *de facto* la progresiva reducción del ámbito normativo en el que no opera la primacía del derecho comunitario[192].

---

[189] Par. 331 de la Sentencia. A lo que se añade: «No es correcta la afirmación (...) de que con la aprobación del Tratado de Lisboa la primacía «ilimitada» del Derecho creado por las instituciones de la Unión sobre el Derecho de los Estados miembros, prevista en el fracasado Tratado constitucional, se convertiría en la práctica en un elemento más de los Tratados y que con ello, como consecuencia, se estaría concediendo una primacía de validez estatal-federal inadmisible, que incluso posibilitaría la derogación del derecho constitucional de los Estados miembros que resultara incompatible»·

[190] Par. 331 de la Sentencia.

[191] Sentencia 14/64, *Costa*, de 24 de Febrero, disponible en *http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=costa&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1*.

[192] Así lo argumento en 'Sobre los Conflictos Constitucionales Europeos', 24 (2007) *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 139-94. De modo semejante, Thym, *supra*, nota 163.

En un razonamiento lógicamente impecable (pero esencialmente reversible), los jueces de Karlsruhe sostienen que de la primacía del derecho comunitario se deriva el principio de efecto directo, aunque no se detiene a considerar las consecuencias que de ello se siguen necesariamente en términos de reconstrucción de los órdenes normativos:

La primacía de aplicación presupone (...) la eficacia directa del Derecho europeo en los Estados miembros[193].

Al tiempo que el Tribunal Constitucional Alemán reconoce expresamente que la integración europea es un proceso de exploración constitucional, a través del cual se perfilan de modo concreto las consecuencias constitucionales de las normas comunitarias (lo que es algo querido y mandado por la Constitución nacional siempre que se produzca dentro de los márgenes establecidos por la propia ley fundamental nacional, en términos competenciales y sustantivos). De ahí deriva la en modo alguno baladí aceptación del principio del «effet utile», el principio estructural subyacente a la jurisprudencia más dinámica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[194]:

[193] Par. 342 de la Sentencia.

[194] Como es bien sabido, la doctrina del *effet utile* es ampliamente utilizada por el Tribunal de Justicia, hasta el punto de que algunos autores lo caracterizan como un «mantra institucional» cuya función no es otra que «asegurar la replicación del estilo de argumentación del Tribunal en el ámbito nacional»; véase Malcolm Ross, 'Effectiveness in the EU legal order', 31 (2006) European Law Review, pp. 476-98. En términos sustantivos, la doctrina hace acto de presencia en la argumentación en prácticamente en casi todas las sentencias del Tribunal que han contribuido a perfilar el derecho constitucional de la Unión Europea. En este sentido, Koen Lenaerts y Kathleen Gutman describen al principio como un «overarching principle that pervades every instance of the Court's law-making», en 'Federal Common Law in the European Union: A Comparative Perspective', 54 (2006) American Journal of Comparative Law, pp. 1- 121. Sea como fuere, uno de sus primeros ámbitos de aplicación fue precisamente el de las relaciones entre el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos nacionales. También se ha recurrido a ella para caracterizar el principio de protección de los derechos fundamentales como principio no escrito del derecho comunitario, las diversas doctrinas que refuerzan los efectos

Quien opta por la integración debe siempre contar con la formación autónoma de la voluntad de las instituciones de la Unión. Se debe por ello asumir que existe una tendencia a la protección del acervo comunitario *(acquis communautaire)* y a la interpretación favorable a la eficacia de las competencias en el sentido de la doctrina estadounidense de los *implied powers* o de la regla del *effet utile* del Derecho de los tratados internacionales (...). Esto forma parte del mandato de integración querido por la Ley Fundamental[195].

B) *Reconstrucción en clave sintética del derecho constitucional comunitario*

§ 58. Los cinco mimbres descritos en la sección anterior constituyen la base a partir de la cual puede construirse una teoría constitucional coherente y completa de la Unión Europea, que a falta de un término más adecuado, vengo denominando teoría de la síntesis constitucional[196].

§ 59. Tal teoría parte de la observación de que la integración Europea es un proceso mediado por el derecho constitucional democrático, en el triple sentido de que a) realiza el mandato constitucional nacional de crear estructuras institucionales, procesos de toma de decisión y normas comunes supranacionales (lo que es acorde tanto con la caracterización del Artículo 23 de la Ley Fundamental como con la con la identificación del derecho comunitario en tanto que derecho derivado); b) procede en el marco del derecho constitucional europeo, que resulta de la proyección o

---

jurídicos de las directivas, desde su efecto directo vertical a la responsabilidad de los estados por su trasposición tardía o incorrecta, o la afirmación de principios comunitarios que determinan las garantías procesales que deben reconocerse a los sujetos al derecho comunitario en los ordenamientos nacionales.

[195] Par. 237 de la Sentencia.

[196] Remito a mi 'The European Democratic Challenge', 15 (2009) *European Law Journal*, pp. 277-308.

transferencia del colectivo de constituciones nacionales al nivel supranacional (lo que resulta de la apertura de las constituciones nacionales —y fundamenta la primacía del derecho comunitario *en tanto que reflejo de la norma común* frente a las idiosincrasias nacionales); c) resulta en un proceso de constitucionalización exploradora, en la que el ideal regulador de un derecho constitucional común se concreta por parte del legislador y de los órganos judiciales con funciones constitucionales.

§ 60. Afirmar que la firma y ratificación de los Tratados fundacionales de la Unión Europea habría abierto una senda constitucional sintética implica ante todo defender que el proceso constitucional de la Unión Europea sería *distinto* a los características de los Estados Miembros, esencialmente correspondientes a los modelos de constitucionalismo revolucionario[197] y al evolutivo[198]. Y que tal

---

[197] Hannah Arendt, *On Revolution*, Harmondsworth: Penguin, 1970; Maurizio Fioravanti, 'Constitutionalism', Damiano Canale, Paolo Grossi y Hasso Hoffmann (eds.) *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, volume 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Dordrecht: Springer, 2009, pp. 263-300; Bruce Ackerman, *We the People*, estructurado como trilogía (volume I: *Foundations*, Cambridge: Harvard University Press, 1991; volume II: *Transformations*, Cambridge: Harvard University Press, 1997; el tercer volumen está en preparación; un adelanto en 'The Living Constitution', 120 (2007) *Harvard Law Review*, pp. 1737-1813). Una evaluación de la relevancia del constitucionalismo revolucionario en la Unión Europea en Fossum y Menendez, *supra*, nota 77.

[198] Walter Bagehot, *The English Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1865 [2001], especialmente p. 3; A V Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London: MacMillan, 1866 [en la edición de Liberty Press de 1982, véanse especialmente p.cxlv-cxlvi y 277-8]. Una puesta al día en Anthony King, *The British* Constitution, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 2-3. Un análisis historic en O Hood Phillips, 'Constitutional Conventions: Dicey's Predecessors', 29 (1966) *Modern Law Review*, pp. 137-48 y Elizabeth Wicks, *The evolution of a Constitution. Eight Key Moments in British Constitutional History*, Oxford: Hart Publishers, 2006. La flexibilidad prodigiosa de la constitución evolutiva fue magistralmente sintetizada por Griffith: «The Constitution is what happens»; véase A J Griffiths, 'The Political

peculiaridad consiste esencialmente en (a) el carácter derivado del derecho constitucional resultante, lo que no es obstáculo sino fundamento de su primacía y (b) la peculiar combinación de dinámicas constitucionales propias de la integración europea, en particular la sucesión de un momento constitucional sintético por procesos de constitucionalización transformadora y exploradora, tras los que surge la necesidad de una clarificación constitucional (lo que nos sitúa en condiciones de explicar la génesis y la evolución de la constitución europea)[199].

§ 61. A diferencia de lo que es el caso en la tradición revolucionaria, y de forma semejante a lo que sucede en algunas trayectorias constitucionales evolutivas (especialmente en los estados iniciales de las constituciones fruto de un proceso de descolonización o emancipación de dominios de la metrópoli)[200], el derecho constitucional de la Unión Europea es esencialmente un derecho derivado. Y tal como se apunta en el fallo Lisboa, la peculiaridad distintiva de esa derivación consiste en que la misma consiste en la transferencia del colectivo de constituciones nacionales al ámbito supranacional. Que las constituciones nacionales sean la fuente última del derecho comunitario implica pues que la constitución implícita y profunda, pero fundamental de la Unión Europea desde

Constitution', 42 (1979) *Modern Law Review*, pp. 1-21, (de forma precisa: «The constitution of the United Kingdom lives on, changing from day to day for the constitution is no more and no less than what happens. Everything that happens is constitutional. And if nothing happened that would be constitutional also»). Un estudio multidisciplinary muy interesante puede encontrarse en Asa Briggs, 'Trollope, Bagehot and the English Constitution', en *Victorian People*, Chicago: The University of Chicago Press, 1955, pp. 87-115.

[199] Véase Fossum y Menéndez, *supra*, nota 38

[200] Véanse sobre el particular el clásico K.C. Wheare, *The Constitutional Structure of the Commonwealth*, Oxford: Oxford University Press, 1960 y más recientemente el texto limitado a los siglos XVII y XVIII, pero de gran interés para nuestro estudio, Jack P. Greene, *Peripheries and Center. Constitutional Development in the Extended Polities of the British Empire and the United States*, New York and London: Norton, 1986.

su creación *está constituida* por el colectivo de constituciones nacionales.

Es precisa y paradójicamente el carácter derivado del derecho constitucional comunitario el que fundamenta y limita su primacía sobre el derecho (constitucional) nacional. No se trata sólo de que, como suelen afirmar de forma un tanto formalista y escolástica los constitucionalistas nacionales, el derecho comunitario prime sobre las normas nacionales en la medida que y porque así lo disponga la ley fundamental nacional (en último extremo, la cláusula europea expresa o implícita en todas las constituciones nacionales)[201]. La razón es un tanto más compleja. El derecho comunitario ha de primar sobre el derecho nacional, incluso sobre el derecho constitucional nacional, en tanto que (y sólo en tanto que) esa primacía conduzca a la realización del mandato de apertura *reflexiva* de la ley fundamental nacional. En la medida en la que tras la forma de un conflicto vertical entre derecho comunitario y nacional subyazca la sustancia de un conflicto horizontal entre los derechos constitucionales nacionales, el derecho comunitario prima incluso sobre el derecho constitucional nacional[202]. Dicho de forma gráfica, el conflicto subyacente al famoso caso Costa era sólo formalmente una colisión normativa vertical; en términos sustantivos, los sistemas antagónicos eran los nacionales, con el italiano interpretado por la Corte Constitucional Italiana de una parte y las constituciones de los otros cinco estados de otra. Tales choques implican en términos lógicos una disputa acerca de cuál de las normas constitucionales

[201] Tal argumento es lógicamente impecable pero manifiestamente insatisfactorio, en tanto que estructuralmente compatible con reducir la primacía de las normas constitucionales a la sola norma que habilite el proceso de integración europeo. Lo que no podría ser más contradictorio con el espíritu y la letra de la práctica constitucional europea, y sobra decirlo, con la jurisprudencia constitucional no sólo alemana, sino cuando menos también italiana, española y francesa.

[202] Casos clásicos: Asunto C-183/91, *Comisión c. Grecia*, sentencia de 10 de Junio de 1993 Rec. I-3131, par. 17; Asunto C-473/93, *Comisión c. Luxemburgo*, sentencia de 2 de Julio de 1996, Rec. I-3207, par. 32 and 41.

nacionales haya de ser la apropiada para convertirse en norma común. Si la constitución nacional *manda* la integración supranacional, y esa integración es una integración supranacional, la ley fundamental nacional ha de interpretarse como mandataria del la dilucidación de una única norma constitucional común (porque sólo de esa forma es posible realizar el principio de igualdad ante el derecho, que en el ámbito comunitario se traduce esencialmente en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad). Ello habrá de requerir ocasionalmente *modificar reflexivamente* el contenido o cuando menos la interpretación de las normas constitucionales nacionales. De modo semejante, la constitución nacional excluirá la primacía del derecho comunitario en la medida en la que el conflicto tenga un carácter no sólo formal sino también sustancialmente vertical. Y quizá no sea necesario añadir por resultar evidente, tales conflictos son esencialmente el resultado de una evolución del derecho comunitario en la que los estándares constitucionales nacionales se emancipan de los nacionales (en los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea incurre en un *dérapage* constitucional, tal y como argumenté en la sección I.C en lo atinente a libertades económicas).

§ 62. El segundo rasgo característico de la síntesis constitucional es la peculiar combinación de dinámicas constitucionales que le es propia.

A diferencia de lo que es el caso en el constitucionalismo revolucionario, la Constitución Europea no es el fruto de un acto constituyente, sino de un acto constitutivo limitado a fijar el marco normativo del proceso mediante referencia al ideal regulador de un derecho constitucional común. En vez de un «momento constituyente» nos encontramos con un «momento sintético» en el que se transfiere el colectivo de constituciones nacionales al marco constitucional supranacional. La legitimación democrática que deriva en la tradición revolucionaria del procedimiento democrático en el que se forja una voluntad general constituyente se ve suplida en el caso europeo por la transferencia de la legitimidad que es propia de las

constituciones nacionales. En tanto en cuanto la validez de cualquier norma de derecho comunitario secundario depende de su conformidad sustantiva con el derecho constitucional común, la legitimidad democrática de las constituciones nacionales se irradia a todo el derecho derivado.

A diferencia de lo que es el caso en el constitucionalismo evolutivo, la Constitución Europea no es el fruto de un proceso de sedimentación constitucional, sino de una decisión concreta (el «momento sintético» que identifiqué con la firma de los Tratados fundacionales) y de una dinámica de constitucionalización a través de la cual tanto la identidad constitucional del proyecto europeo como el contenido sustantivo de su derecho fundamental son objeto de concreción y precisión. Esos procesos de constitucionalización transformadora y de exploración de los contenidos constitucionales son aquellos a los que remiten en buena medida los principios estructurales del derecho comunitario (§§ 56 y 57), a su vez fruto de un proceso de destilación del derecho constitucional comunitario a través del desarrollo de la legislación supranacional y quizás especialmente del desarrollo de la jurisprudencia «clásica» del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[203].

La senda sintética permite la creación de una unión constitucional de estados constitucionales sin necesidad de embarcarse en un proceso constituyente, en la medida en la que la transferencia de las constituciones nacionales *concede una licencia democrática* (temporal) que hubiera sido difícil lograr mediante un proceso constituyente supranacional, como bien tuvieron ocasión de comprobar los partidarios de los Tratados de Comunidad Militar y Política en 1954 y, salvando las distancias y sin exagerar el carácter genuinamente constituyente, los defensores del Tratado Constitucional en 2005.

---

[203] Entre otros, Eric Stein, 'Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution', 75 (1981) *American Journal of International Law*, pp. 1-27; Giuseppe Federico Mancini, 'The Making of a Constitution for Europe', 26 (1989) *Common Market Law Review*, pp. 595-614; Joseph H. H. Weiler, 'The Transformation of Europe' 100 (1991) *Yale Law Journal*, pp. 2403-2483.

El «anclaje» del derecho supranacional al ideal regulador de un derecho constitucional común es la forma y manera en que se ha conciliado la doble exigencia de respeto de la primacía de la Constitución (y por tanto de la rigidez de la Constitución, de su resistencia pasiva frente a toda voluntad excepto la del constituyente, en tanto que investida de la más alta legitimidad democrática) y la realización del mandato constitucional de integración supranacional *en ausencia de un acto constituyente*. Y como observa el Tribunal Constitucional Alemán, es pertinente observar que el mandato de integración no exige un acto constituyente, sino la apertura constitucional *sincronizada* con la de otros países del entorno:

> «Los Estados constitucionales democráticos sólo pueden incrementar su influencia conformadora sobre una sociedad cada vez más variable e interconectada por encima de cualquier frontera, a través de una coordinación razonable que salvaguarde tanto su interés particular como el interés común. Sólo quien, desde la comprensión de la necesidad de un equilibrio pacífico de intereses y de la posibilidad de una organización común, se compromete, consigue el nivel de posibilidades de acción que se requiere para poder crear de forma responsable las condiciones para una sociedad libre también en el futuro. Esto es lo que la Ley Fundamental tiene en cuenta con su apertura a la integración europea y a los compromisos con el Derecho internacional»[204].

III. ¿JURIDIFICACIÓN SO CAPA DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN?

§ 63. La tercera línea de crítica al fallo Lisboa agrupa los reproches que se centran en las consecuencias institucionales de la sentencia. Al dictar Lisboa, el Tribunal Constitucional Alemán se habría arrogado poderes que tanto por razones normativas como prudenciales (en último extremo, de eficacia de la acción política) han de estar en manos de las instituciones y los procedimientos

[204] Par. 221 de la Sentencia.

propiamente políticos[205]. Considérense las dos circunstancias siguientes. La sentencia se hizo pública semanas antes del inicio oficial de la campaña electoral en Alemania (y cuando *de hecho* el debate público giraba en torno a los programas y propuestas de los partidos cara a las elecciones). ¿Es prudente que el Tribunal *irrumpiera* en la campaña electoral forzando expresamente al Parlamento alemán a producir una nueva Ley de Ampliación, obligando a las fuerzas políticas mayoritarias a forjar un consenso precisamente en el momento en el que el proceso político exigía que las mismas elaboraran discursivamente sus diferencias?[206] De forma semejante, ¿debe ser el Tribunal Constitucional quién fije el modo y manera de entender la relación entre derecho comunitario y derecho constitucional nacional, o no debe tal diseño constitucional ser ante todo el resultado del debate político acerca de los parámetros fijados por la Ley Fundamental Alemana (primacía de la Constitución *y* mandato de integración supranacional)? Y ello no sólo porque de ese modo se evita una *judicialización* perniciosa en todo caso, sino porque el Tribunal Constitucional, como cualquier otro Tribunal, carece estructuralmente de la capacidad de perfilar esa relación en atención a las múltiples circunstancias cambiantes[207]. En particular, la fijación de un elenco de competencias irrenunciables (las detestablemente denominadas «líneas rojas») de los estados miembros, ¿puede ser una tarea que lleve a cabo de forma mínimamente satisfactoria un Tribunal? ¿Acaso no es más juiciosa en este punto la posición del Tribunal checo, que remite enteramente sobre el particular al proceso político?[208] Visto el carácter a

[205] Schmidt, *supra*, nota 142, p. 42; Michael Blauberger, 'Reinforcing the Asymmetries of European Integration', en *ibidem*, pp. 47-54, especialmente p. 49 y 53; Thym, *supra*, nota 163, p. 1083.

[206] Agradezco a Jörg Lüther haber insistido sobre esta cuestión bien pertinente.

[207] Neil Komesar *Imperfect Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, Chicago: University of Chicago, 1994; *Law's Limits. The Role of Courts, the Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

[208] Sentencia Lisboa I del Tribunal Constitucional Checo, *supra*, nota 74, par. 109: «These limits should be left primarily to the legislature to specify,

la par impreciso y potencialmente amplísimo del quinteto de competencias irrenunciables ¿Acaso no está invitando el Tribunal a la judicialización de cualquier decisión con una mínima trascendencia financiera, incluso si cuenta con la aprobación del Parlamento? (Y obviamente no hace falta un derroche de fantasía para pensar en circunstancias bien concretas en las que esto puede llegar a ser el caso)[209]. O lo que es lo mismo: so capa de la defensa de la Ley Fundamental el Tribunal Constitucional Alemana estaría procediendo a una (nueva) judicialización del proceso político, a un traspaso de poderes a su favor. Además, al hacerlo en una materia central del proceso de integración europea, la consecuencia inevitable sería una judicialización a escala continental, *a favor de todos los tribunales constitucionales nacionales (o eventualmente los ordinarios, en aquellos países que carezca de defensor específico de la Ley Fundamental)*. El resultado de ello sería pues no sólo irremediablemente cacofónico (con tal pluralidad de instituciones asumiendo la última palabra en la interpretación constitucional que no habría en realidad última palabra) sino altamente tóxico, al contribuir a generar tensiones en el «diálogo» constitucional europeo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales nacionales que se afirma hace sostenible el pluralismo constitucional característico del derecho comunitario[210]. Y a largo plazo, a herir de muerte la legitimidad del propio Tribunal de Karlsruhe.

---

because this is *a priori* a political question, which provides the legislature wide discretion». Lo que reitera en la Sentencia Lisboa II, *supra* nota 75, par. 111: [T]he Constitutional Court does not consider it possible, in view of the position that it holds in the constitutional system of the Czech Republic, to create such a catalogue of non-transferrable powers and authoritatively determine «substantive limits to the transfer of powers», as the petitioners request (...) Responsibility for these political decisions cannot be transferred to the Constitutional Court; it can review them only at the point when they have actually been made on the political level».

[209] Véase la coda a este trabajo

[210] Sobre el paradigma del «diálogo» entre tribunales, véanse Joseph Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000; Slaughter, Stone Sweet y Weiler, *supra*, nota 2; Jörg Luther, 'Jueces europeos

§ 64. Aunque esta crítica sea esencialmente correcta y vaya dirigida a una dificultad central en el fallo, no es menos cierto que ignora aspectos centrales del contexto de la sentencia Lisboa[211]. Un

---

y jueces nacionales: La Constitución del diálogo', 3 (2005) *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, pp. 159-81; y Franz C. Mayer, 'The European Constitution and the Courts: Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System', in Armin Von Bogdandy and Jürgen Bast, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford: Hart, 2006, pp. 281-334.

[211] Hay que tener presente que la sentencia Lisboa es un fallo judicial, no un tratado académico, y que por tanto, el propósito fundamental de los jueces es resolver la cuestión objeto del litigio. De ahí que sea quizá un poco exagerado imputar al tribunal fallas en la medida en la que ello suponga exceder esa función jurisdiccional. En particular, tanto la estructura de la sentencia, como su pretendido carácter repetitivo o innecesariamente complejo se explican en buena medida porque no nos encontramos ante un tratado o manual sobre el derecho constitucional europeo, sino ante una sentencia. Aunque, como sostengo en la Sección II, la sentencia ofrezca los elementos necesarios para construir una teoría constitucional del proceso de integración. Y no conviene en ningún caso olvidar que los Tribunales constitucionales son órganos colegiados, y que por tanto las decisiones (especialmente decisiones unánimes sobre el veredicto, y casi unánimes sobre los fundamentos como es el caso del fallo Lisboa) requieren la forja de un acuerdo entre los magistrados, del que resulta necesariamente una cierta tensión o ambivalencia en la sentencia. Dicho lo cual, hay al menos tres razones por las que estas críticas son parcialmente de recibo, por las que quizá no sea demasiado pedir exigir a los tribunales constitucionales nacionales un mayor esfuerzo de elaboración teórica. Primera, que todos los tribunales, y muy especialmente los constitucionales, resuelven los casos a los que se enfrentan con la vista puesta no sólo en el retrovisor, apuntado hacia el litigio del que se ocupan, sino también en la ruta por la que transita el desarrollo constitucional. Las decisiones, y muy especialmente los fallos de un Tribunal Constitucional como el alemán, sientan jurisprudencia, y por ello, es conveniente que articulen de forma clara los fundamentos de la sentencia, en lo que es sin duda de gran ayuda una teoría constitucional clara y precisa. Segunda, la naturaleza específica de las normas constitucionales, su generalidad y abstracción, hace que los casos constitucionales difíciles tengan una considerable densidad argumentativa, que sólo puede compatibilizarse con la claridad del fallo si el mismo se articula teóricamente de forma apropiada. Tercera, la mayor parte de los Tribunal Constitucionales europeos son órgano híbridos, con una doble identidad jurídica y

análisis cabal exige tener en cuenta que (1) la peculiar trayectoria constitucional europea sitúa a los jueces nacionales en una posición inevitablemente esquizofrénica, desgarrados entre el mandato formal y explícito de defensa de la ley fundamental nacional y el implícito, necesario y compartido papel de guardianes del derecho constitucional europeo. Esa esquizofrenia es en cierto modo un primer atenuante. Al que se añade un segundo, en concreto (2) la combinación de división de competencias y de distribución sustantiva de procedimientos legislativos en la Unión Europea, que ha convertido a los Tribunales constitucionales nacionales en el único contrapeso efectivo al Tribunal de Justicia. Especialmente si a ello se añade que el procedimiento democrático, bajo la influencia de la clase gubernamental europea, ha renunciado a diseñar el marco constitucional de relaciones entre derecho comunitario y derecho nacional (¿acaso no es ésa la consecuencia inmediata de negar rotundamente toda vocación constitucional al Tratado de Lisboa, al tiempo que se excluyen del debate buena parte de las cuestiones determinantes de la estructura constitucional europea?)[212], todos

---

política a la que ya me he referido, que exige una especial atención a las implicaciones políticas de sus decisiones. Tal vertiente también parece exigir un cierto esfuerzo de elaboración teórica al Tribunal.

[212] De lo que tomó buena nota el Tribunal Constitucional Alemán. Cf. Par. 277: «Tampoco el Tratado de Lisboa ha optado por el concepto de una Constitución federal europea, en el que un Parlamento europeo, como órgano de representación de un nuevo pueblo federal constitucionalmente creado, se situara en el centro del sistema. No se aprecia una voluntad de creación de un Estado. Si se valora con respecto a los principios del sufragio libre e igual y respecto a los requisitos de un poder efectivo de la mayoría, la Unión Europea tampoco equivale al plano de la Federación en un Estado federal. Según esto, el Tratado de Lisboa en nada altera el que el Bundestag, como órgano de representación del pueblo alemán, continúe ocupando el lugar central de un sistema democrático complejo»; y par. 298: «tras el fracaso del proyecto de Constitución europea, ha quedado suficientemente claro con el Tratado de Lisboa que dicho principio de la unión (Verbund) sigue vigente. Los Estados miembros siguen siendo los señores de los Tratados. A pesar de que se produzca otra ampliación competencial, se mantiene el principio de atribución singular y restringida de competencias. Así que las disposiciones de los Trata-

los Tribunales Constitucionales Nacionales están presos de un grave dilema constitucional, oscilantes entre el *self-restraint* que exige la división de poderes en una democracia y el *activismo* que parece precisar la defensa de la constitución nacional y europeo, y en general, el derecho constitucional como medio de integración social.

A) La identidad esquizofrénica de los tribunales constitucionales nacionales

§ 65. La primera observación pertinente es que la peculiar senda constitucional por la que discurre el proceso de integración europea altera la identidad de los tribunales constitucionales nacionales, sin dejarla definida claramente. Y ello en tanto que, de modo paralelo a la transferencia de las constituciones nacionales al nivel supranacional, el proceso de síntesis constitucional implica que los guardianes de la ley fundamental nacional pasan a combinar el papel de custodios de la primacía de la constitución nacional con el de defensores del colectivo constitucional europeo.

---

dos deben interpretarse de tal manera que se preserve tanto la identidad constitucional y política de los Estados miembros, que se organizan de modo totalmente democrático, como también su responsabilidad con respecto a la dirección y conformación fundamental de la política de la Unión. La República Federal de Alemania continuará siendo, también tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, un Estado soberano y con ello un sujeto de Derecho internacional.» Ello implica que la crítica weileriana en *Una Europa Cristiana* (Madrid: Encuentro, 2003), aún profundamente errada en el fondo, es correcta estructuralmente. ¿Qué sentido tiene abrir un proceso de reforma fundamental de la Unión Europea si lo que hacemos acto seguido es meter bajo una gruesa alfombra las cuestiones centrales en el diseño constitucional? Weiler yerra en identificar la identidad cultural y religiosa como el «cemento» central de una ciudadanía europea, como argumenté *in extenso* en 'A Christian or a Laïc Europe? Christian Values and European Identity' in 18 (2005) *Ratio Juris*; pp. 179-205. En términos más generales, véase lo dicho por Ronald Dworkin, 'Liberal Community' 77 (1989) *California Law Review*, pp. 479-504 y ahora en *Sovereign Virtue*, Cambridge: Harvard, 2000, pp. 211-236.

§ 66. Esta última tarea resulta de la combinación de un derecho constitucional europeo único con la preservación de la pluralidad institucional, y en particular, de la ausencia de una jerarquización de las relaciones entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales nacionales. En contra de lo que sostienen los defensores de las concepciones pluralistas del derecho comunitario europeo[213], el derecho constitucional europeo es monista (o cuando menos, el ideal regulador implícito en el derecho comunitario es el de reducción a un único sistema de todas las normas jurídicas válidas en el territorio de los Estados Miembros). En lo que llevan razón los pluralistas es que el derecho comunitario no asigna la última palabra sobre su interpretación ni al Tribunal de Justicia ni a los tribunales constitucionales nacionales. De la combinación de un derecho constitucional sustantivo *parcialmente* no explicitado, sino meramente *en progreso,* paulatinamente destilado mediante referencia al ideal regulador del derecho constitucional común, y de la co-existencia de una pluralidad de defensores de la Constitución Europea se deriva la notable complejidad de la defensa del derecho constitucional europeo.

§ 67. La identidad esquizofrénica de los Tribunales Constitucionales nacionales no deriva sólo ni principalmente de la relación en la que se encuentran con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, descrita por los politólogos en términos dialécticos, ya cooperativos («el diálogo entre tribunales»), ya antagónicos («el conflicto» o «la guerra» entre tribunales)[214]. La esquizofrenia deriva de la dificultad

---

[213] Véanse por ejemplo Neil Walker, 'The Idea of political pluralism', 65 (2002) *Modern Law Review*, pp. 317-359; Miguel Poiares Maduro, 'Contrapunctual Law' in Neil Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford: Hart Publishers, 2003, 501-37. Aunque suele mencionarse a Neil D. MacCormick entre los defensores de una teoría pluralista del derecho comunitario europeo, ello no tiene en cuenta la mayor complejidad (y relevancia) de su teoría. Sobre el particular, véase el volumen Agustín José Menéndez y John Erik Fossum (eds.) *The Post-Sovereign Constellation. Law and Politics in MacCormick's Theory of Law*, Dordrecht: Springer, 2011.

[214] Véanse referencias en nota 210.

de conllevar el pluriempleo constitucional, la función *explícita* de custodio de la ley fundamental nacional con la función *implícita* de defensor de la constitución supranacional, o dicho de forma menos misteriosa, del colectivo de constituciones nacionales.

§ 68. Esta tensión interna proclive a la esquizofrenia subyace a las dificultades de todos los tribunales constitucionales nacionales a la hora de adjudicar cuestiones en la que se plantean conflictos entre normas nacionales y europeas. Abandonada la caracterización puramente vertical de la tensión en los años sesenta y setenta[215], los guardianes de las constituciones nacionales comenzaron a internalizar su nuevo papel *europeo* hace tres décadas*.* No sólo recalibraron su jurisprudencia reconciliando la primacía de la Constitución nacional con el mandato de integración supranacional, sino que progresivamente comenzaron a definir el canon de constitucionalidad nacional mediante referencia al canon de constitucionalidad europeo[216]. Esta apertura reflexiva de la Constitución nacional ha sido fundamental en la progresiva consolidación de una identidad europea de los tribunales constitucionales nacionales. El caso paradigmático a tal efecto es sin duda el propio Tribunal Constitucional alemán, cuya *auctoritas* excede significativamente el territorio de la República federal tudesca.

§ 69. Aplicando ahora estas observaciones a la sentencia Lisboa, podemos observar que el Tribunal Constitucional alemán ha abrazado implícitamente su papel en tanto que guardián de la constitución europea. Es interesante al respecto observar que la sentencia fue hecha pública el 30 de Junio de forma simultánea en alemán y en inglés, ésta última la lengua franca del debate constitucional europeo (mal que nos pese a muchos, y a este autor

[215] Baste pensar en el primero de los conflictos entre el Tribunal Constitucional Italiano y el Tribunal de Justicia (en torno a *Costa*) o entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal de Justicia (en torno a *Internationale*).

[216] Véase especialmente la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán en el litigio acerca de la Ley de Elecciones Europeas, de 22 de Mayo de 1979, 1 [1980] *Common Market Law Reports*, 497.

francófilo el primero). El alto Tribunal germánico tenía pues una clara y abierta vocación de dirigirse a una audiencia europea, y no sólo germano-alemana. De igual forma, y como se explica con más detalle en § 55, el Tribunal alemán ahonda en la sentencia Lisboa en la senda de la redefinición del canon de constitucionalidad nacional a la luz del común europeo. La desgarrada identidad constitucional del Tribunal de Karlsruhe propicia contradicciones como las que subyacen al fallo Lisboa, y de las que aquí se ha dado cuenta (la definición del derecho de secesión en términos unilaterales —como vimos en §§ 41-42— al tiempo que el Artículo 23 se caracteriza como un mandato, la perenne obsesión con la «competencia sobre las competencias» —la famosa y münchaseana *kompetenz kompetenz,* par. 213 de la Sentencia— o la tendencia a declinar una prosa soberanista, como es el caso con las competencias estatales irrenunciables —como vimos en §§ 39-40).

B) Los Tribunales Constitucionales nacionales, únicos contrapesos del TJCE

§ 70. A ello se une que la interpretación agresivamente expansiva del efecto horizontal de las libertades económicas en tanto que principios constitucionales, unida a la división competencial entre la Unión Europea y los Estados Miembros, y la división de trabajo entre procedimientos legislativos en la Unión Europea limita extraordinariamente las posibilidades de decisiones políticas, tanto a escala supranacional como nacional, rectificadoras de los fallos del Tribunal (§ 28). Al menos en tanto en cuanto la base competencial de la Unión venga acompañada de la exigencia de voto unánime en el Consejo de Ministros.

En tales circunstancias, los Tribunales Constitucionales nacionales son el único contrapeso claro y neto del Tribunal de Justicia. Sus decisiones constituyen el único instrumento jurídico que de forma evidente e inmediata puede poner en cuestión la corrección de la interpretación del Tribunal y, lo que es más importante, mo-

vilizar a las restantes instituciones nacionales valiéndose de sus prerrogativas frente a las mismas[217]. O dicho de otro modo, el cierre del debate político europeo que resulta de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sólo se neutraliza cuando a la autoridad de los jueces de Luxemburgo se opone la de los jueces nacionales (*especialmente* la de los de Karlsruhe, como he argüido en la sección introductoria).

Como consecuencia, los Tribunales nacionales están divididos entre el *self-restraint* que exigen la división de poderes y el equilibrio institucional en un estado democrático y el activismo requerido para contrapesar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como dirían los ingleses marinos, *between the devil and the deep blue sea* (en castellano, quizá, no sabemos si es mejor el remedio que la enfermedad).

CONCLUSIONES

§ 71. En este capítulo he sostenido que las numerosas críticas que se han dirigido a la Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional alemán no tienen suficientemente en cuenta ni el contexto político en el que se dictó la sentencia ni sitúan adecuadamente al fallo en la práctica social del derecho constitucional europeo. Una reconstrucción atenta tanto al tenor literal de la decisión como al contexto de la misma conduce a una valoración bien distinta. He argumentado en particular que la sentencia ha de ser entendida en términos estructurales como una defensa del derecho constitucional democrático frente a los riesgos de *deriva gubernamental* y *de desbordamiento competencial* que derivan del procedimiento de refor-

[217] De ello era probablemente más que consciente el Tribunal Constitucional Alemán cuando propuso la introducción de un recurso específico de inconstitucionalidad nacional de normas comunitarias. Tal cauce atenuaría en buena medida la presión que el Tribunal de Justicia ha ejercido a favor de la descentralización del control de constitucionalidad. Como ya apunté en la nota 35, el Parlamento Alemán no quiso recoger (de momento) el guante.

ma seguido en el proceso Laeken-Lisboa y de la peculiar interpretación de las libertades económicas favorecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las últimas dos décadas. Igualmente, he defendido que en el fallo se contienen cinco elementos fundamentales a partir de los cuáles es posible reconstruir una teoría constitucional del derecho europeo completa y coherente, a la que he denominado teoría de la síntesis constitucional europea. Finalmente, he relativizado la crítica a la sentencia relativa a la indebida arrogación de poder por parte del Tribunal Constitucional Alemán teniendo en cuenta el papel esquizofrénico que corresponde a los tribunales nacionales en el proceso de integración, especialmente en tanto que se han convertido en el único contrapeso efectivo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

§ 72. Todo ello no es óbice para reconocer que nos encontramos ante una sentencia larga, compleja y en algunos aspectos contradictoria. De ahí que también haya indicado que tanto la caracterización de un quinteto de ámbitos competenciales como esencialmente «irrenunciables» como la definición en términos exquisitamente unilaterales del derecho de secesión ahora recogido en el Artículo 50 del Tratado de la Unión constituyen aspectos problemáticos de la sentencia. Y que, pese a las circunstancias atenuantes, hay serios peligros democráticos implícitos en la definición del marco constitucional de relaciones entre el derecho comunitario y el derecho constitucional nacional en un bululú alemán.

§ 73. El fallo no es pues perfecto, y dista de ser susceptible de aprobación sin reservas. Pero la mayor parte de las críticas que se dirigen al mismo están mal orientadas. Si la imagen que nos devuelve el azogue no nos gusta, obviamente no parece apropiado reprochárselo al espejo, sino tomarla con lo que en él se refleja. La rotunda negación de valía constitucional del Tratado de Lisboa y las consecuencias que de ello deriva el Tribunal Constitucional Alemán implican en buena medida levantar acta de las decisiones adoptadas por los líderes políticos europeos y nacionales en estas

dos últimas décadas, que esperemos no vengan pronto a ser consideradas como el ventenio perdido de la Unión Europea. Aunque llevamos camino de ello.

CODA

§ 74. El trabajo que aquí concluye fue cerrado a principios de mayo, y llega a galeradas ocho meses más tarde. En este lapso la Unión Europea ha vivido una grave crisis constitucional. El desencadenante de la misma, como es bien sabido, fue la crisis de la deuda pública de varios Estados Miembros (los denominados PIGS, acrónimo en inglés bajo el que se refiere colectivamente a Portugal, Irlanda, Grecia y España). Su desenlace es aún incierto. El *Bundesverfassungsgerich* no ha desempeñado un papel menor en la misma. No sólo copias de las Sentencias Maastricht y Lisboa han estado presentes en las mesas del Consejo en las varias noches largas vividas desde Enero, sino que los jueces de Karlsruhe han sido requeridos para determinar la constitucionalidad de las medidas específicas acordadas con el objeto de resolver la crisis. Los altos jueces alemanes han rechazado adoptar medidas cautelares que hubieran *de facto* hecho imposible la creación del mecanismo financiero central en el llamado «rescate»[218] de Grecia primero, y de Irlanda después; tienen aún que resolver el recurso de amparo planteado para obtener la defensa de la propiedad privada de varios ciudadanos alemanes. Con independencia de lo fundamentado de esta última demanda, hay serias dudas, como veremos en unas líneas, acerca del ajuste de lo decidido con varias disposiciones no sólo de la Ley Fundamental alemana, sino del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[219]. A ello se añade que el Tribunal

[218] Si hablar de rescate, y menos de un estado (y no de los accionistas de los acreedores directos o indirectos del Estado), en estos términos y con este objeto tiene sentido, cosa que el lector podrá comprobar dudo.

[219] 'Temporary injunction to prevent giving of guarantee for loans to Greece is not issued'. Nota de prensa (en inglés), en *http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg10-030en.html*

Constitucional alemán ha tenido ocasión de revisar su doctrina *Lisboa* al pronunciarse en el caso *Mangold.* Este proceso parecía hecho a medida para someter a prueba práctica la caracterización de las relaciones entre derecho comunitario y derecho constitucional, dado que el Tribunal de Justicia había invalidado una norma alemana fundándose en una interpretación cuestionable del contenido constitucional del principio de no discriminación por razón de edad[220].

§ 75. Pocos pero ajetreados meses pues que obligan a reconsiderar, siquiera sea brevemente, las tesis sostenidas en este capítulo. Si los dirigentes alemanes rechazan (Sentencia Lisboa en ristre)[221] una y otra vez las todas las propuestas encaminadas a poner fin a la crisis de la deuda pública, con la única excepción de planes de ajuste fiscal que parecen salidos de un libro de historia económica pre-keynesiana, ¿No habrá que convenir que se comportan de forma escasamente atenta al interés colectivo de la Unión? ¿Y qué, por ende, a los críticos a la Sentencia Lisboa se une ahora con razón el siempre astuto y diplomático Jean Claude Juncker, *Mr* Euro, que no ha dudado en caracterizar la actitud del gobierno alemán como «anti-europea»?[222] Pero si la línea de actuación del gobierno alemán durante la crisis constitucional y en concreto, en la crisis de la deuda pública europea, prueban el ascenso del nacionalismo alemán fomentado por la Sentencia *Lisboa*, ¿no habremos de concluir que la jurisprudencia de Karlsruhe coadyuva la causa del

---

[220] Sentencia del 26 de Agosto de 2010, disponible en traducción al inglés en la página web del Tribunal: *http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106en.html*.

[221] Charlemagne, 'A grim tale of judges and politicians', The Economist, 4 de Noviembre de 2010, disponible en *http://www.economist.com/node/17414379*. Véase también Quentin Peel,'A shifting vision', Financial Times, 8 de April de 2010, *http://www.ft.com/cms/s/0/82c2ddbe-42a5-11df-91d6-00144feabdc0.html*.

[222] Quentin Peel, 'Merkel seeks calm after Juncker E-bond blast', *http://www.ft.com/cms/s/0/32c08bdc-0306-11e0-bb1e-00144feabdc0.html#axzz17hOOfu44*

anti-europeísmo? ¿Y no habremos pues de aceptar que la defensa moderada que se hace de la misma en este capítulo, es errónea, perniciosa o incluso pervertida? A mi juicio, en modo alguno. Veamos en qué sostengo tal negativa.

I.

§ 76. Es público y notorio que la Sentencia Lisboa ha sido usada por el gobierno alemán como fundamento de su rechazo de diversas propuestas de salida a la crisis de la deuda pública europea. Si pasaron casi siete meses desde que el (neonato) gobierno griego anunciara que las previsiones de deuda pública para 2009 de sus antecesores en el cargo habían sido exageradamente optimistas[223] hasta que se arbitró un mecanismo institucional específico para sostener financieramente al país helénico[224] parece haberse debido

[223] El gobierno conservador griego, quizás afectado en su visión de las cosas por la inminencia de las elecciones generales, había mantenido hasta su derrota en las urnas el 4 de Octubre que la economía griega crecería ese año, aunque a un ritmo más moderado que en ejercicios anteriores, premisa fundamental para sostener que el déficit público no superaría el 4% en ese ejercicio. Véase Comisión Europea, Report on Greek Deficit and Debt Statistics, disponible en *http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/COM_2010_REPORT_GREEK/EN/COM_2010_REPORT_GREEK-EN.PDF*. Sobre el irrendentismo optimista del gobierno de Karamanlis, vale de muestra el botón que encontrará el lector en Kerin Hope, 'Economy: Structural weaknesses exposed by global crisis', *Financial Times*, 4 de Junio de 2009, disponible en *http://www.ft.com/cms/s/0/6804d332-4fe0-11de-a692-00144feabdc0,dwp_uuid=d1833cf2-4fe7-11de-a692-00144feabdc0.html#axzz17vyEmG1A*. Literalmente días después de llegar al poder, el nuevo gobierno socialista notificó a la comisión que el déficit en 2008 no había sido del 5%, sino del 7.7%. Y lo que era aún mucho peor, que el déficit previsto para 2009 superaría el 12%. Véase el documento de la Comisión ya citado y también 'A very European crisis', The Economist, 4 de Febrero de 2010, *http://www.economist.com/node/15452594?story_id=15452594*; 'Deficit Delinquent', *Financial Times*, 11 de Noviembre de 2009; *http://www.ft.com/cms/s/0/911b05b4-cef9-11de-8a4b-00144feabdc0.html#axzz17w1TRcez*.

[224] Reglamento (UE) no 407/2010 del Consejo, de 11 de mayo de 2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera,

en buena medida a que el gobierno alemán insistió una y otra vez sobre los límites que la Ley Fundamental de Bonn, en los términos que según los dirigentes teutónicos había sido interpretada por el *Bundesverfassungsgerich* en Maastricht y Lisboa, imponía sobre cualquier decisión colectiva europea *a Tratados constantes* (e incluso modificando los mismos). Antes de la noche de autos del 9 de Mayo de 2010 en que se acordó crear el mecanismo de estabilización financiera, las voces que favorecían bien un rescate multilateral, bien la relajación de la política de compra de deuda pública por parte de la Banca Central Europea fueron rebatidas por el gobierno tudesco con el argumento de que los artículos 123 y 125 TFUE hacían imposible tales medidas[225]. A Tratados constantes, la única solución posible era o bien cordadas bilaterales bajo el paraguas del Fondo Monetario Internacional[226], o bien políticas unilaterales de refuerzo de la competitividad, que en el caso de los PIGS implicaban ineludiblemente una depresión brutal de los salarios (un remedo de las reformas estructurales impuestas por

DOCE 118 de 12 de Mayo, p. 1-4, disponible en *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:118:0001:0004:ES:PDF*.

[225] Véanse Andrew Willis, 'Merkel says European Fund would require Treaty change', EU Observer, 9 de Marzo de 2010, disponible en *http://euobserver.com/9/29633*; Quentin Peel, Merkel insists on EU Treaty change, Financial Times, 27 de Marzo de 2010, *http://www.ft.com/cms/s/0/5a5a68c6-e1d1-11df-b71e-00144feabdc0.html#axzz17wNRKvCo*; Xavier Vidal-Folch, *Si todos para uno, uno para todos*, El País, 15 de Marzo de 2010, disponible en *http://www.elpais.com/articulo/opinion/todos/todos/elpepiopi/20100315elpepiopi_13/Tes*. La línea oficial del gobierno alemán se vio influida y confortada por opiniones como la expresada por Otmar Issing, 'Europe cannot afford to rescue Greece', *Financial Times*, 15 de Febrero de 2010.

[226] En los términos acordados en el ECOFIN del 25 de Marzo de 2010. Se creaba un fondo a partir de contribuciones puramente voluntarias de los Estados Miembros y de los que movilizara el FMI, y se asignaba un papel central al propio Fondo. Las instituciones comunitarias tenían un papel absolutamente secundario, lo que los negociadores alemanes decían preferir para evitar los problemas constitucionales internos. Véase por ejemplo Andrew Willis, Eurozone leaders agree on Franco-German bail-out mechanism, EU Observer, 25 de Marzo de 2010, disponible en *http://euobserver.com/9/29773*.

Schroëder en Alemania tras la salida de Lafontaine del gobierno, pero aplicadas en una cirugía de urgencia y sin anestesia)[227]. Sabemos que incluso cuando la estabilidad del sistema financiero europeo parecía estar gravemente amenazada (en la noche de autos del 9 de Mayo[228], sobre la que volveré), la canciller Merkel insistía una y otra vez en los límites que la Constitución alemana imponía, para aparente desesperación de las restantes delegaciones nacionales[229]. Y después de las decisiones del 9 de Mayo, tanto las del Consejo como las de la Banca Central en apoyo de las mismas, el gobierno alemán ha seguido caracterizando el acuerdo como puramente voluntario y sólo formalmente comunitario (apoyándose en la aportación económica del Fondo y el papel central del mismo en el rescate). Y ello pese a que resulta cuando menos plausible sostener que los acuerdos han operado una reforma de la constitución material

[227] Un análisis agudo en el informe 'Eurozone Crisis: Beggar thyself and thy neighbour' del *think-tank* keynesiano de izquierdas *Research on Money and Finance*, disponible en *http://researchonmoneyandfinance.org/media/reports/eurocrisis/fullreport.pdf*

[228] Una reconstrucción periodística de las reuniones del Consejo Europeo del 7 de Mayo y del ECOFIN del 9 de Mayo en Tony Barber, 'Saving the Euro', Financial Times, 10 de Octubre de 2010, disponible en *http://www.ft.com/cms/s/190b32ae-d49a-11df-b230-00144feabdc0,dwp_uuid=03d100e8-2fff-11da-ba9f-00000e2511c8,print=yes.html*. EN la primera noche la presión ejercida sobre la canciller Merkel fue notable. Con independencia de que haya sido o no cierto que Sarkozy llegase a amenazar con salirse del euro ('Zapatero: Sarkozy amenazó con salirse del euro', El País, 14 de Mayo de 2010, disponible en '*http://www.elpais.com/articulo/espana/Zapatero/Sarkozy/amenazo/salirse/euro/elpepiesp/20100514elpepinac_2/Tes*), parece claro que los datos económicos presentados por Trichet, especialmente los atinentes a las consecuencias «sistémicas» [incluidas las que soportarían los bancos alemanes], contribuyó a persuadir a la canciller alemana de la necesidad de rebajar el celo en la defensa del marco constitucional y de los Tratados. Sobre la inconsistencia de esa posición, véase Wolfgang Munchau, 'Germany pays for Merkel's miscalculations', *Financial Times*, 11 de Mayo de 2010, disponible en *http://www.ft.com/cms/s/0/6304bb36-5c69-11df-93f6-00144feab49a,dwp_uuid=86be4e0c-53d0-11db-8a2a-0000779e2340.html*.

[229] Véase Barber, *supra*, fn 12.

de la Unión[230]. Lo que no ha sido óbice para que el gobierno alemán haya mantenido su insistencia en la necesidad de reformar los Tratados, y de al hacerlo, imponer medidas draconianas a los países que eventualmente necesiten recurrir a la ayuda multilateral, de modo que las garantías sustantivas contenidas en Maastricht de la «ortodoxia» financiera de la zona euro sigan manteniéndose intactas aunque se prevean mecanismos de rescate permanentes.

Todo ello es interpretado como muestra renovada del *mal de hibris* que se dice lleva meses aquejando a la clase dirigente alemana, y quizás a la población en su conjunto. Pues en la tozuda insistencia en estos principios y en estas políticas el gobierno alemán no sólo se estaría quedando cada vez más solo políticamente, sino que corre el riesgo de quedarse en *petit comité* en la propia zona euro, pues se corre el riesgo de forzar la salida de los PIGS, y probablemente también de Italia, Bélgica y Francia[231]. A la vista de estos hechos, ¿no habrá que convenir que el juicio positivo sobre la Sentencia Lisboa en este capítulo es erróneo? ¿Qué en el nuevo contexto constitucional —una crisis existencial del euro que podría arrastrar a la Unión— el elogio de la Sentencia comete el mismo pecado que imputa a los críticos de Lisboa?

§ 76. Hay razones para poner en cuestión una conclusión tal[232], de las que ofreceré cuando menos tres.

[230] Véase por ejemplo, 'French minister says bail-out alters EU treaty', Financial Times, 27 de Mayo de 2010, disponible en *http://us.ft.com/ftgateway/superpage.ft?news_id=fto052720101556534577*: «Pierre Lellouche laid bare the French government's conviction that the emergency stabilisation scheme agreed earlier this month amounted to a fundamental revision of the European Union's rules and a leap towards an economic government for the bloc». Con independencia de la agenda política del señor Lelouche, lo cierto es que el acuerdo del 9 de Mayo alteraba como mínimo la interpretación mayoritaria de los Artículos 123 y 125 TFUE.

[231] Xavier Vidal Folch, 'Diez Negritos', El País, 25 de Noviembre de 2010, disponible en *http://www.elpais.com/articulo/economia/negritos/elpepieco/20101125elpepieco_2/Tes*

[232] Sin que ello me lleve a concluir que el gobierno alemán haya tenido una conducta ejemplar en la crisis, quizás ni siquiera medianamente razona-

La primera tiene que ver con la causa de nuestros males. La crisis de la deuda pública europea y la crisis constitucional desencadenada por ella no son responsabilidad exclusiva ni siquiera principal ni de la constitución alemana, ni del gobierno alemán, ni mucho menos de la Sentencia Lisboa. La tradición constitucional alemana es parte del problema, pero fundamentalmente no tanto en sí misma, como en tanto que configuradora, junto con otras tradiciones constitucionales, de un pluralismo constitucional (del constitucionalismo sintético al que me refiero en el trabajo principal) que es intrínsecamente proclive a desestabilizarse en situaciones de crisis.

Es conveniente recordar que la causalidad de la crisis constitucional es compleja. Hay cuando menos cuatro causas relevantes: (1) una remota (la ruptura neoliberal europea sugerida por el Tribunal de Justicia y la Comisión en los primeros años ochenta, y confirmada con todas las bendiciones en el Acta Única Europea), (2) otra mediata (el diseño asimétrico de la unión monetaria en Maastricht y Amsterdam), y (3) y (4) dos inmediatas (los graves errores de política económica que han lastrado a los llamados PIGS, Portugal, Irlanda, Grecia y España, debidos en buena medida a fallas de la cultura constitucional nacional de algunos de estos países y a las decisiones precipitadas adoptas en Mayo de 2010). De esas cuatro causas, sólo una guarda relación directa con la tradición constitucional alemana, y más precisamente con la interpretación dada a la misma en Maastricht y de forma derivada en Lisboa (y como veremos, la asimetría no se debe sólo al modelo alemán, sino al resultado híbrido fruto del proceso de negociación de Maastricht).

La segunda es que derivar de que el gobierno alemán invoque la Sentencia Lisboa que la misma sea un obstáculo real a los rescates

ble. El análisis que sigue se limita a destacar que los numerosos errores en que han incurrido los gobernantes alemanes son en parte responsabilidad colectiva de la clase gobernante europea, en parte más visibles por el peso económico de Alemania; que indudablemente exige una mayor responsabilidad, que no implica, sin embargo, ser responsable de todo lo que de negativo suceda en la zona euro.

de tal o cual país, y un obstáculos a reformas en profundidad de la unión monetaria implica rendir una injustificada pleitesía a Ángela Merkel y en general a los representantes gubernamentales alemanes, a los que no deberíamos reconocer ninguna autoridad especial para interpretar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Quizá esta es una buena oportunidad para que nos tomemos en serio que el hecho de que tengamos una constitución (cuando menos material) común, que solemos decir se recoge en los Tratados fundacionales de la Unión, implica que todas las constituciones nacionales han pasado a ser un poco las constituciones de todos los europeos, y han de ser interpretadas teniendo en cuenta la historia compartida, y las tradiciones constitucionales de los restantes europeos. Actitud que no es discorde con la pretensión del Tribunal Constitucional alemán de interpretar la Ley Fundamental en clave europea.

La tercera (y fundamental) es el fetichismo constitucional que venimos padeciendo, y que consiste en pretender que los problemas de política económica son en realidad problemas constitucionales. Toda decisión socio-económica de calado tiene un marco constitucional (o debería tenerlo; de hecho, el problema irlandés deriva del fracaso existencial de la cultura constitucional irlandesa), pero no por ello deja de ser una decisión esencial e intrínsecamente política. Y si bien este fetichismo está emparentando con la trayectoria constitucional alemana, con un fundamentalismo iusfundamental (si se me permite la expresión) fácil de explicar teniendo en cuenta la escasa legitimidad democrática del proceso de escritura de la Ley Fundamental de Bonn, su preminencia se debe más bien a que en él encuentran refugio los defensores (europeos) de una ortodoxia económica netamente decimonónica. *A (bogus) constitution has become the last refuge of the scoundrel.*

A) Las causas de la crisis constitucional europea

§ 78. La grave crisis constitucional en la que la Unión Europea está enredada trae causa remota de la dinámica del modelo de ca-

pitalismo neo-liberal al que la Unión se viene arrimando estructuralmente desde el Acta Única Europea[233], causa mediata del diseño asimétrico de la Unión Económica y Monetaria acordada en Maastricht y Amsterdam, e inmediata de las decisiones políticas tomadas tras el inicio de la crisis financiera mundial en 2007 (y espectacularmente confirmada con la caída de Lehman Brothers en Septiembre de 2008), primero en el nivel nacional (al fracasar el intento de dar una respuesta coordinada a la crisis) y después en el nivel europeo.

§ 79. Aunque no hay duda de que la causa remota de la crisis es fundamental y determinante (en buena medida es observar lo obvio decir que las causas remotas son aquellas determinantes), por razones de espacio me limito en esta coda a analizar las causas mediata e inmediatas; y remito al lector a otras publicaciones[234], ya mencionadas en el texto principal al considerar una de las principales manifestaciones del giro estructuralmente neo-liberal de la Unión Europea, la recaracterización de las libertades económicas como derechos fundamentales *autónomos, emancipados* de las tradiciones constitucionales nacionales. Aunque la deriva neoliberal de la Unión Europea tenga parentesco indirecto con la tradición constitucional alemana de posguerra (al menos, con la interpretación que de la misma hacen los pensadores ordo-liberales, y obviando la germanidad de esa tradición impuesta por los aliados)[235], el giro tiene una raíz fundamentalmente

---

[233] Altiero Spinelli advirtió en su momento que la montaña había parido un ratón muerto: el Acta Única Europea. Véase Spinelli, 'The Strategy for Achieving European Union', en *Altiero Spinelli: From Ventotene to the European Constitution*, ARENA: University of Oslo, RECON REPORT 1/2007, pp. 85ff.

[234] Un análisis más amplio en Raúl Letelier y Agustín José Menéndez (eds.), *The Sinews of Peace*, Oslo: ARENA, 2010. Véase también el trabajo capital de Danny Nicol, *The Constitutional Protection of Capitalism*, Oxford: Hart, 2010, especialmente el capítulo 3 dedicado al derecho de la Unión Europea.

[235] Sobre la tradición ordo-liberal, véase la espléndida antología de Alan Peacock y Hans Willgerodt (ed.), *Germany's Social Market Economy: Origins*

política y económica, no constitucional, y concluir otra cosa sería en buena medida caer en el fetichismo constitucional sobre el que volveré en los §§ 89ss.[236]. Pruebas de ello es que el modelo de unión monetaria defendido en los años setenta, y que asumía la simétrica y paralela transferencia de poder monetario y poder fiscal al nivel supranacional, tenía el apoyo del gobierno alemán (y de haberse decidido y realizado entonces, ninguna asimetría habría existido en el corazón del derecho constitucional socio-económico de la Unión); o que una parte considerable de las leyes cuya constitucionalidad europea fue negada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los *leading cases* sobre libertades económicas y derecho de la competencia fueron leyes alemanas.

§ 80. La causa mediata parece a primera vista plenamente atribuible a la trasposición al nivel europeo del diseño de política económica y monetaria propio de la tradición constitucional alemana de posguerra. La Unión Económica y Monetaria diseñada en Maastricht y Ámsterdam, y puesta en práctica en 1999, responde a un modelo institucional y de política económica que a primera vista es más alemán que el *Cantar de los Nibelungos*, si se me permite la expresión. Se transfiere el poder monetario a una institución no sólo federal[237] sino también plenamente independiente del

and Evolution, Basingstoke: MacMillan, 1989. Sobre la aplicación del ordoliberalismo al derecho comunitario, la referencia clave es Ernst Jachim Mestmaecker. Véase 'On the Legitimacy of European Law', 58 (1994) Rabels Zeitschrift, pp. 615-35; 'De la Communauté économique à l'Union économique et monétaire', 1 (1995) Revue des Affaires Européennes pp 111-121. Un estudio crítico en '¿Qué tiene de social-demócrata la Constitución de la Unión Europea?', 73 (2005) *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 9-53.

[236] En concreto sobre la relación entre la deriva y el diseño de la unión monetaria, véase Bernard H. Moss (ed.), *Monetary Union in Crisis*, Houndsmills: Palgrave MacMillan, 2005.

[237] Aunque la Banca Central sea tan sólo la cúspide del iceberg del Sistema Europeo de Bancas Centrales, el poder de toma de decisiones está asignado a procesos supranacionales, a los que nos referimos cuando hablamos de las decisiones de la Banca Central)

poder político (Artículo 130 del TFUE), y legitimada no por su representatividad, sino por el cumplimiento del mandato que se le asigna (la estabilidad de los precios, Artículo 127.1 del TFUE, y sólo de forma subordinada y secundaria, el apoyo a la política económica de los Estados Miembros orientada a la consecución de los objetivos generales de la Unión Europea). Lo que a primera vista parece la proyección de la Bundesbank al nivel supranacional. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que a estas piezas alemanas se unen otras que son estrictamente idiosincráticas, fruto de las componendas del proceso de negociación de los Tratados de Maastricht y Ámsterdam[238], y que aún favorecidas algunas de ellas por el gobierno alemán, no responden a la simple lógica de transplantar el modelo tudesco al nivel supranacional. Así, la «federalización» del poder monetario se combina con el mantenimiento de la política fiscal en manos de los Estados Miembros (mientras que, es obvio, el modelo alemán contiene un poder federal con formidables poderes fiscales). No sólo no se crean estructuras institucionales federales (un gobierno económico europeo, un presupuesto europeo sustancial), sino que de forma tajante se afirma la propiedad nacional de la deuda pública, al prohibir a la Banca Central la adquisición de deuda de las instituciones públicas (Artículo 124 del TFUE) y al excluir la solidaridad financiera entre Estados Miembros, excluyéndose el rescate de un Estado por los restantes (la ahora famosa *no-bail out clause* tajantemente recogida en el artículo 125 del TFUE). La coherencia de esta peculiar e insólita diversidad se pretende lograr a través de tres mecanismos. En primer lugar, vaporosos instrumentos de «gobernanza»[239] articulados en lo que comenzó siendo una mera práctica constitucional y

[238] Kenneth Dyson y Kevin Featherstone, *The Road to Maastricht,* Oxford: Oxford University Press, 1999; Otmar Issing, *The Birth of the Euro*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

[239] Y téngase en cuenta que la atracción por la gobernanza en la academia comunitaria data de la aprobación del Tratado de Maastricht. La teoría vino de un experimento sin antecedentes (una unión monetaria sin unión fiscal ni política).

no una institución, el Eurogrupo[240], y en esotéricos procesos de «peer-review» anclados en *benchmarks* y *good practices*, no en derecho clásico[241]. En segundo lugar, un mecanismo aparentemente juridificado de control de la disciplina presupuestaria sustentado en un procedimiento sancionador de *hard law* en *hard currency* (Artículo 126 TFUE), y codificado en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento[242]. Sin embargo, es preciso añadir que el diseño mismo del Pacto implicaba que no sólo las sanciones no estaban pensadas para ser aplicadas (de ahí que la decisión se confiara en último extremo a un juicio político del Consejo)[243] sino que en la medida en la que el Pacto no se ocupaba de la estabilidad financiera estructural de los Estados Miembros, su eficacia en la prevención de déficits en situaciones de grave crisis estaba destinada a ser nula; como de hecho fue el caso de Irlanda y España (sobre ello volveremos). Y en tercer lugar, los «mercados financieros» (sea lo que sea tal bestia), a los que se asigna un papel de control de la disciplina fiscal nacional al extender la libre circulación de capitales a terceros países y eliminar los mecanismos directos e indirectos mediante los cuales los estados favorecían la adquisición de su deuda (aspecto éste

[240] Uwe Puetter, *The Eurogroup: How a Secretive Circle of Finance Ministers Shape European Economic Governance*, Manchester: Manchester University Press, 2006.

[241] Véase, por ejemplo, Jean-Victor Louis, 'The Economic and Monetary Union: Law and institutions' (2004) 41 *Common Market Law Review* pp. 575-608.

[242] 'Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento', de 17 de Junio de 1997, DOCE C 236, de 28 de Agosto de 1997. Reglamento (CE) n° 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, DOCE L 209, de 2 de Agosto de 1997; Reglamento (CE) n° 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, DOCE L 209, de 2 de Agosto de 1997.

[243] Ése es el trasfondo de las declaraciones de Romano Prodi en el otoño de 2002 calificando al Pacto de Estabilidad y Crecimiento como «stupid», 'Farewell to the stupid pact», *The Economist*, 22 de Octubre de 2002.

último en el que ha sido determinante la jurisprudencia «fundamentalista» del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación de capitales)[244]. El hecho de que la lente del derecho constitucional clásico no contemple la asignación de poderes públicos a agentes privados no debe hacernos ignorar la existencia de una decisión clara y neta de apoderar a los mercados financieros para hacer efectiva la *financial accountability* de los Estados Miembros[245].

Es bien sabido que el Tribunal Constitucional Alemán afirmó en Maastricht que la constitucionalidad de la transferencia del poder monetario alemán a la Unión Europea quedaba confirmada por el *isomorfismo institucional* del diseño de la Unión Monetaria, si se me permite la licencia algebraica. En particular, la independencia de la Banca Central Europea y la ortodoxia monetaria, fueron destacados por Karlsruhe en la Sentencia Maastricht como garantías de la compatibilidad de la Unión Monetaria con la constitución alemana[246].

§ 81. Como nuestros líderes políticos han aprendido a regañadientes, la bifurcación del poder monetario y del poder económico crea una constelación constitucional en la que dista de ser obvio que se pueda garantizar la coherencia de la política macro-económica a largo plazo, lo que hace inestable una unión monetaria asimétrica. Especialmente si se tiene en cuenta que un estado o grupo

---

[244] See Abdelal, *Capital Rules: The Construction of Global Finance,* Cambridge, Harvard University Press, 2007.

[245] Una medida no sólo innecesaria desde la lógica del mercado común (de hecho, la libre circulación de capitales es la única libertad que se extiende a terceros países) sino problemática desde la perspectiva de la mayor parte de las tradiciones constitucionales nacionales, escritas en la gramática de la social-democracia que tenía como premisa fundamental la sujeción del capital a regulación y controles, y no la inversa. Veáse Barry Eichengreen, *Golden Fetters*, New York: Oxford University Press, 1992; *Globalizing Capital*, Princeton: Princeton University Press, 2008, (segunda edición), Rawli Abdelal, *Capital Rules*, Cambridge: Harvard, 2008.

[246] *Sentencia Maastricht*, de 12 de Octubre de 1993, especialmente par. 64ss. Especialmente significativo es el parágrafo 90.

de estados que se vean afectados por una crisis económica de forma mucho más aguda que los restantes (*choque asimétrico,* como el que hemos experimentado con la caída de Lehman) estará privado de casi todas las palancas macroecónomicas y expuesto a la disciplina de los mercados financieros (que apostarán sobre seguro a que o el estado quiebra o pese a lo que se diga en los Tratados, se organiza algún tipo de cordada por parte de los restantes estados). Todo esto dista de ser original (no cabe aquí aquello de nadie pudo preveer la crisis de la deuda pública, como erróneamente se afirma también sobre la crisis financiera; hay cerca de ciento cincuenta años de literatura sobre las crisis de las economías capitalistas)[247]. La inestabilidad de una unión monetaria diseñada de tal guisa fue objeto de un intenso debate, especialmente entre los economistas, en los años previos e inmediatamente posteriores a la entrada en la tercera y fundamental fase de la unión monetaria en 1999[248]. Y la crisis financiera que arranca en 2007 ha dejado en evidencia las debilidades estructurales del diseño de la unión monetaria. Aunque los más devotos no dudaron en afirmar en los meses sucesivos a la caída de Lehman que el euro nos había ahorrado un carrusel de devaluaciones y había evitado que la crisis económica fuera aún más profunda en el viejo continente[249], la crisis de la deuda pública abierta en el invierno de 2009 ha congelado las loas al euro y al modelo de unión monetaria bajo el que vivimos[250]. Aún fresca la

---

[247] Nouriel Roubini, Crisis Economics: A Crash Course on the Future of Finance, New York: Penguin, 2010.

[248] Cf., entre una ingente literatura, Paul de Grauwe, *Economics of Monetary Integration,* Oxford: Oxford University Press, 1992 (en sucesivas ediciones, *Economics of Monetary Union*); Michel Artis, «The Maastricht Road to Monetary Union», 30 (1999) Journal of Common Market Studies, pp. 299-310; del mismo autor en co-autoría con B. Winkler, 'The Stability Pact: Safeguarding the Credibility of the European Central Bank' (1998) *National Institute Economic Review*, January, pp. 87-98.

[249] Por ejemplo, Stefan Collignon, *Social democracy after the financial crisis*, 8 (2008) Social Europe, pp. 8-14.

[250] Del que Collignon es uno de los críticos de primera hora. Véase su espléndido *The European Republic*, London: Federal Trust, 2008.

tinta de los numerosos volúmenes conmemoratorios de la primera década del euro[251], el clima de opinión es radicalmente distinto. Tras el súbito interés por la idea de un «gobierno económico» o por los contornos de la «unión fiscal» (y la paralela caída en picado de la cotización intelectual de la gobernanza) subyace una crisis de confianza en la arquitectura de la unión monetaria diseñada en Maastricht y Ámsterdam; y quizás de la idea misma de banca central al estilo Bundesbank[252].

§ 82. Pero si todo ello es así, ¿Acaso no ha de concluirse que la causa mediata de la crisis se debe a la transferencia del modelo alemán al nivel europeo? ¿Y que al insistir en la existencia de unos límites constitucionales a la modificación de este modelo, al situar a la estabilidad de precios y la independencia de la Banca Central por encima de todas las cosas, el Tribunal Constitucional Alemán nos conduce a un suicidio colectivo (en el que, con todo, algunos moriremos más que otros, si se me permite parafrasear a Orwell)

De que buena parte de las piezas de la unión monetaria y económica asimétrica son *made in Germany* no cabe duda[253]. A ello se aña-

[251] Véase por ejemplo Kenneth Dyson (ed.), *Euro at Ten. Europeanization, Power and Convergence*, Oxford: Oxford University Press, 2008; Leila Simona Talani (ed.), *The Future of the Euro*, Houndsmills: Palgrave, 2009.

[252] George Cooper, *The Origin of Financial Crises,* Central Banks, Credit Bubbles and the efficient market hypothesis, Hampshire: Harriman House, 2008, es un buen recordatorio de la inconsistencia de la existencia misma de la Banca Central con la fe en la capacidad de los mercados financieros de equilibrarse de forma espontánea.

[253] En 1992 Theo Waigel, entonces Ministro de Finanzas alemán, afirmó de forma categórica «We are bringing the D-Mark to Europe (...) The Treaty on Economic and Monetary Union, agreed after long and intense negotiations, bears the German hallmark. Our stability policy has become the Leitmotif for the future European monetary order» citado por David Marsh, *The Euro*, New Haven and London: Yale, 2009, p. 132. Cabe añadir que quizá la verdadera exportación de la ortodoxia alemana se produjo en el Tratado de Amsterdam y en el anejo Pacto de Estabilidad y Crecimiento (un rótulo históricamente irónico, dado que un programa de estabilidad y crecimiento había marcado el giro keynesiano de la política económica alemana a finales de los sesenta). Con

de, como acabamos de ver, que el Tribunal Constitucional Alemán en Maastricht bendijo y subió a los altares alguna de estas piezas, y señaladamente la independencia de la Banca Central y la estabilidad monetaria[254]. Pero este argumento olvida que aunque las fichas sean mayormente alemanas, el las reglas del juego son responsabilidad de un proceso complejo de acuerdo colectivo. La independencia de la Banca Central Europea, en términos más radicales (y obviamente institucionalmente descontextualizados) entró en el debate europeo a través del informe Delors de 1989[255]. Y que fue esencialmente el gobierno alemán quien defendió, sin éxito, que la unión monetaria requería una unión política (sería harina de otro costal discutir la naturaleza de la unión política propuesta; y aunque sea fundamental, no es urgente, y requiere un estudio aparte). La caída del muro de Berlín creó las circunstancias en las que el gobierno francés creyó llegada la hora de romper la hegemonía monetaria alemana *supranacionalizando* la Bundesbank, y recuperando así en el nivel europeo capacidad de control sobre su política monetaria, perdido cuando menos desde la segunda crisis del petróleo en 1979 (sino

todo, la «germanidad» de este modelo de política económica es en términos históricos una leyenda. El diseño constitucional básico de la política económica y monetaria fue «exportado» a Alemania por la potencia ocupante estadounidense, por complejas razones políticas y económicas. Véase sobre el particular el espléndido trabajo de Jeremy Leaman, *The Political Economy of West Germany, 1945-85* Houndsmills: Macmillan, 1988.

[254] Véase par. 96 de la Sentencia, por otra parte a todas luces un *obiter dicta*, aunque revelador de la idelogía económica subyacente: «This modification of the democratic principle for the purpose of protecting the confidence placed in the redemption value of a currency is acceptable because it takes account of the special characteristic (tested and proven —in scientific terms as well— in the German legal system) that an independent central bank is a better guarantee of the value of the currency, and thus of a generally sound economic basis for the state's budgetary policies and for private planning and transactions in the exercise of rights of economic freedom, than state bodies, which as regards their opportunities and means for action are essentially dependent on the supply and value of the currency, and rely on the short-term consent of political forces»

[255] Texto en *http://aei.pitt.edu/1008/01/monetary_delors_collected_papers.pdf*

antes). El precio de la europeización de la Bundesbank impuesto por Alemania fue el uso de las piezas constitucionales teutónicas en la construcción de la política monetaria. Pero de que además no se dieran pasos hacia la unión política (imprescindible para hacer sostenible el modelo alemán traspuesto a Europa) no se puede culpar al gobierno alemán, sino al conjunto de gobiernos que no fueron capaces o no quisieron de ponerse de acuerdo al respecto (si se trata de repartir culpas, me temo que los PIGS no saldrían exentos de ellas). El «modelo» de política monetaria alemana ha demostrado su viabilidad y sostenibilidad (con independencia del juicio normativo que nos merezca, y de la factibilidad de su exportación generalizada) gracias al ensamblaje de la unión monetaria y política, que permite el desarrollo de múltiples prácticas constitucionales que no han sido exportadas al nivel europeo, ni es fácil que sean exportadas en ausencia de unión política. Pero si ello es así, ¿por qué echarle la culpa al gobierno alemán o a su Tribunal Constitucional, olvidando la responsabilidad colectiva de la clase dirigente europea, y por ende, de los ciudadanos europeos que no articularon protestas claras y netas sobre el particular?

§ 83. La primera de las causas inmediatas de la crisis de la deuda pública es la inestabilidad estructural de las finanzas públicas de los llamados PIGS, oculta por las distintas variedades locales de burbujas especulativas que explotaron en 2008. El crecimiento sostenido de Irlanda y España se sustentó en la elefantiasis del sector inmobiliario, que llegó a suponer en ambos países cerca de una cuarta parte de la actividad económica y generar una ilusión de riqueza[256]. En el caso de Grecia y Portugal, el crecimiento

[256] El INE estimaba el peso de la construcción en España en 2008 en el 17.9% del PIB; en Irlanda, Brian Cowen cifraba el sector en el 12% del PIB en 2009. En ambos casos hay buenas razones para pensar que las cifras están exageradamente infraestimadas. Para Irlanda, véase Fintan O'Toole, *Ship of Fools*, London: Faber and Farber, p. 118; para España, véase el informe de coyuntura económica de Caixa Catalunya de Julio de 2009, en *http://www.caixacatalunya.com/caixacat/es/ccpublic/particulars/publica/pdf/ic0709e0.pdf*

exponencial del crédito gracias a la reducción de los tipos de interés tras la incorporación a la zona euro se canalizó en un crecimiento insostenible del consumo privado. En todos los casos, el «maná» de los ingresos tributarios derivados de las consiguientes burbujas se emplearon en reducciones de la carga tributaria y aumentos del gasto públicoque colocaron a las finanzas públicas de estos países en una situación de grave desequilibrio estructural, oculto por ingresos insostenibles. Con la crisis financiera cuya escenificación última fue la caída de Lehman Brothers en el otoño de 2008, los PIGS experimentaron súbitos y drásticos deterioros en sus cuentas públicas. En el caso español e irlandés, el terremoto inmobiliario legó además una factura formidable en forma de subsidios de desempleo. Cuando menos en los casos de estos dos países, el deterioro no puede achacarse a un previo y sistemático incumplimiento de las reglas de juego del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (España e Irlanda eran hasta 2008 alumnos aventajados)[257], sino precisamente al desajuste estructural entre ingresos y gastos públicos que quedó oculto durante décadas por los ingresos procurados por actividades económicas netamente insostenibles.

§ 84. La segunda de las causas inmediatas de la crisis de la deuda pública ha sido el (mal)gobierno de la misma. Se ha impuesto una transferencia de las pérdidas del sector privado a las arcas públicas, realizada de forma discorde incluso en el interior de la zona euro. En el caso de algunos estados (y señaladamente el irlandés), esa decisión se ha revelado catastrófica, a lo que no ha sido ajeno el grave déficit democrático de las decisiones tomadas en Irlanda (pero en modo alguno exclusivamente en Irlanda).

Como es bien sabido, la caída (sin intervención de la Reserva Federal de Estados Unidos ni compra por otra entidad financiera)[258]

---

[257] Portugal fue sometida en una ocasión al procedimiento de déficit excesivo y Grecia incurrió de forma constante en déficits públicos superiores al 3%.

[258] Alistair Darling bloqueó la compra de Lehman por Barclays para evitar el contagio del sistema bancario británico. Con independencia de cuál fuera la

de Lehman Brothers abrió una crisis de confianza generalizada en las instituciones financieras occidentales. Esa crisis se resolvió mediante la transferencia de una buena parte de las pérdidas acumuladas en las (varias) burbujas financieras, desde las instituciones financieras privadas a las arcas públicas[259]. Las decisiones se tomaron en la mayor parte de los casos por procedimiento de urgencia, sin debate parlamentario previo y escaso posterior, y en muchas ocasiones ocultando la naturaleza real y las consecuencias de lo que se hacía. Se habló de «responsabilidades contingentes» y técnicamente esas responsabilidades no debían contabilizarse en la deuda pública a efectos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

En los días inmediatamente posteriores a la caída de Lehman Brothers pareció que la gravedad de la situación impulsaría a los gobiernos europeos a dar una respuesta coordinada a la crisis. La ruptura de filas la causó la decisión del gobierno irlandés de asegurar hasta el último euro de todos los depósitos bancarios en Irlanda[260], lo que generó una *race to the top* (quizá ahora habría que

decisión correcta (si es que había alguna), el argumento parece que no fue especialmente afortunado. Véase Andrew Ross Sorkin, *Too Big To Fail*, New York: Viking, 2009, p. 149

[259] Tenemos ya conocimiento que el programa de compra de activos inmobiliarios de la Fed benefició ampliamente a las bancas europeas de mayor tamaño (Deutsche Bank y Barclays). 'Deutsche Bank, Credit Suisse Lead Traders of Fed's Mortgage-Backed Bonds', *Bloomberg*, 1 de Diciembre de 2010, *http://www.bloomberg.com/news/2010-12-01/deutsche-bank-credit-suisse-lead-traders-of-fed-s-mortgage-backed-bonds.html*.

[260] Decisión tomada en la noche entre el 29 y 30 de Septiembre de 2008 en una reunión entre el Taoiseach Cowan, el Ministro de Economía Lenihan y los directivos de los seis grandes bancos irlandeses y refrendada por el Parlamento irlandés por trámite de urgencia y sin apenas debate el 2 de Octubre. El texto de la propuesta de 30 de Septiembre se encuentra en *http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?fn=/documents/bills28/bills/2008/4508/b4508d.pdf* ; la ley en *http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?fn=/documents/bills28/acts/2008/a1808.pdf* . El Artículo 6 de la Ley apodera al Ministro de Finanzas para transferir todos los activos que estime oportunos desde el sector privado al Tesoro Público. Ello implicaba poner en riesgo hasta dos veces el producto interior bruto irlandés (calculado mediante referencia al de 2008,

hablar de una *rat race*) por parte de los Ministros de Economía y Finanzas europeos a la hora de ofrecer garantías respecto de los depósitos en instituciones nacionales[261]. Carrera en la que algunos gobiernos ni midieron ni explicaron las consecuencias de lo que estaban haciendo. De esos polvos vienen sin duda los lodos irlandeses, la quiebra de un Estado que al inicio de la crisis tenía una de las deudas públicas más bajas del mundo.

§ 85. Ambos procesos (un déficit estructural oculto y la frívola nacionalización de las pérdidas bancarias) constituyen el trasfondo de la crisis de la deuda pública europea ¿Cabe acaso achacar ambos desarrollos a la constitución alemana en su interpretación por el Tribunal Constitucional alemán?

B) El monopolio de interpretación constitucional

§ 86. La vida constitucional de los fallos constitucionales no es nunca puramente jurisdiccional, y menos en el caso de la Sentencia Lisboa. Ya se ha dado cuenta de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán se ha invocado reiteradamente en el proceso de discusión sobre las salidas a la crisis de la deuda pública euro-

---

sensiblemente «hinchado» por el efecto de la burbuja especulativa), o lo que es lo mismo, el montante de seis años de Presupuestos Generales del Estado irlandés (el gasto público representaba en Irlanda en 2009 el 34.1% del PIB). Sobre el trasfondo político de esa noche, véase Simon Carswell, 'The big gamble: The inside story of the bank guarantee', Irish Times, 25 de Septiembre de 2010, disponible en *http://www.irishtimes.com/newspaper/weekend/2010/0925/1224279646952_pf.html*.

[261] Modificación de la Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 1994 relativa a los sistemas de garantía de depósitos por la Directiva 2009/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009 , por la que se modifica la Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantía de depósitos, en lo que respecta al nivel de cobertura y al plazo de pago, DOCE L 68, de 13 de Marzo de 2009. Se eleva la garantía de 20.000 a 50.000 euros.

pea. La sombra alargada de las Sentencias Maastricht y Lisboa hace al gobierno alemán moroso a la hora de tomar decisiones, al tiempo que influye decisivamente sobre el contenido de las que se toman. O dicho en plata: es habitual escuchar que a causa de esta jurisprudencia, la Unión decide tarde y mal. El retorno a una política propia de un liberismo prekeynesiano (y escasamente conforme con la cultura política y constitucional de las leyes fundamentales escritas en la gramática política social-demócrata de la posguerra), ¿ acaso no trae causa de la imposibilidad de hacer otra cosa si hemos de respetar la interpretación que a la Ley Fundamental alemana se da en Lisboa y Maastricht?

§ 87. Y sin embargo, resulta cuando menos problemático conceder la mayor, que en este caso es que Ángela Merkel realmente describe de forma correcta (o quiere describir de forma correcta) tanto el contenido sustantivo como las implicaciones institucionales de las sentencias Maastricht y Lisboa. Que los actores políticos busquen imponer sus preferencias *refugiándose* en lo que presentan como una interpretación autorizada de determinadas sentencias no es sorprendente; lo que resulta cuando menos llamativo es que se acepte el monopolio de interpretación de la sentencia por parte de los servicios jurídicos de la cancillería alemana o de la canciller misma. Tanto la Sentencia Maastricht como la Sentencia Lisboa ponen límites procesales a la toma de decisiones en materia monetaria. Los artículos 123 y 125 TFUE serán estúpidos, pero son parte de los Tratados hasta que se reformen los mismos. Y eso exige seguir el procedimiento de reforma (y si este proceso es también estúpido, movilizar a nosotros el pueblo europeo o nosotros los pueblos europeos de forma semejante a cómo se llevaría a cabo una reforma de calado constitucional). Y sin embargo, afirmar el principio de legitimación democrática de las decisiones constitucionales en esta materia no implica que sólo quepa una solución sustantiva, sino que nos recuerda que la idea de integración mediante el derecho constitucional no acepta restricciones en nombre de la aceleración del tiempo social. Que Ángela Merkel sostenga que lo que ella

propone es lo único que cabe bajo las Sentencias Maastricht y Lisboa no prueba que ello sea así. Y la decisión sobre medidas cautelares y la dictada en Mangold ponen en entredicho los argumentos de la Canciller. Los jueces de Karlsruhe son capaces de ser exigentes sin por ello dejar de ejercer plenamente su responsabilidad constitucional («responsible but not reckless», afirmó con tino Wolfgang Munchau una de las veces que Merkel se parapetó detrás de la Sentencia Lisboa).

Que por otra parte son correctos y acertados en lo que corresponde al proceso y no a la sustancia. Ninguna constitución puede ni debe ser flexible si esa flexibilidad quiere decir reducir los Tratados a papel mojado, y sevir de pantalla a un ejercicio permanente y continuo de *muddling through* al margen de cualquier marco constitucional. Si esta es la solución que se propone, entonces qué remedio que dar la razón al gobierno alemán, y dar gracias de que el Tribunal Constitucional Alemán insista en la ineludible correspondencia entre constitución formal y material en un Estado Social y Democrático de Derecho.). Es responsabilidad de los gobiernos, y de los ciudadanos que los elegimos, ejercer la nuestra. Si los artículos 123 y 125 TFUE son absurdos, ¿por qué siguen siendo parte de los Tratados? Es conveniente recordar que la clase dirigente europea se empeñó, con la crisis económica en pleno desgarro, en la ratificación del Tratado de Lisboa en nombre de la necesidad urgente de tener capacidad de tomar decisiones, capacidad de tomar decisiones que se hace imposible *tras la entrada en vigor* del Tratado de Lisboa. De este carajal y de esta irresponsabilidad colectiva es poco elegante echarle el muerto al gobierno alemán, y menos al Tribunal Constitucional alemán, en *exclusiva*. Les corresponde sólo una alícuota parte.

§ 88. A ello se añade que es poco reconfortante observar que más que una situación de emergencia imprevisible, las emergencias «griega» e «irlandesa» se asemejan a lentísimos descarrilamientos que los jefes de estación deciden contemplar nostálgicamente durante meses, hasta que deciden llegado el tiempo de la acción,

momento en el que afirman a todo el que les quiera escuchar que nos encontramos en una grave situación de crisis (ya lo habíamos visto con el período de reflexión previo a *Lisboa*). Lehman Brothers cayó abandonada a su suerte en Septiembre de 2008, y el gobierno irlandés toma la escasamente afortunada decisión de asegurar todas las deudas de las entidades bancarias días después. En ese momento debería ya haber sido obvio que se estaban asumiendo responsabilidades que distaban de ser meramente contingentes. La última estimación del coste de la nacionalización de la deuda de los bancos irlandeses está en los 100.000 millones de euros, aproximadamente dos años de Presupuestos Generales del Estado irlandés; pero esa cifra podría llegar a ser dos o tres veces mayor[262]. ¿La solución a esta colosal irresponsabilidadalidad rayana en el delito de alta traición puede ser dejar de lado los límites constitucionales procesales y materiales?

C) El fetichismo constitucional

§ 89. Pero quizás la razón fundamental por la que es problemático acusar de los males de la Unión Europea al gobierno alemán

[262] En una situación como la presente, las estimaciones son altamente especulativas. El Estado Irlandés asumió en el 2008 responsabilidades contingentes por 400 millones de euros. Inicialmente se afirmó que las garantías no implicaban responsabilidades concretas, sino meramente hipotéticas. A finales de Septiembre de 2010, el coste se cifraba ya en 50.000 millones de euros David Oakley, 'Irish face bill of •50bn for bank rescue', 30 de Septiembre de 2010 en *http://www.ft.com/cms/s/0/d8578e16-cc69-11df-a6c7-00144feab49a.html#axzz17elXgCUS*) Según un articulista de Reuters que escribía el 17 de Noviembre de 2010, *http://blogs.reuters.com/columns/2010/11/17/irish-bank-rescue-could-cost-over-100-bln-euros/*. Matt Cooper, escribiendo en el Times de Londres, («Bankers must pay full price for rescue», The Times, 22 de Noviembre de 2010, *http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/ireland/article6926806.ece*) sostiene que esas estimaciones son todavía demasiado optimistas, porque los acreedores en un 60% de los créditos garantizados por el Estado son en el momento presente morosos.

y al Tribunal Constitucional Alemán es porque ello denota que somos presa de una variante de fetichismo constitucional. O lo que es lo mismo, que tenemos tendencia a ocultarnos a nosotros mismos que los problemas de la Unión Europea no son constitucionales, sino políticos (y para ser más precisos, de política económica). Este fetichismo tiene dos componentes: el fetichismo de la deuda y el fetichismo nacional.

Desde la caída de Lehman, la deuda pública y privada parece desbocada. Pero como es bien sabido, no hay deudor sin acreedor[263]. Y sin embargo, nos empeñamos en no discutir quién sea el acreedor, y como ha llegado a serlo. Ello permite obviar lo que viene sucediendo de manera sistemática en estos dos últimos años, saber, que los créditos creados por un sector financiero desbocado han sido transferidos al erario público de un modo u otro. La cuestión central no es cuánta sea la deuda, y cómo haya de ser pagada, sino a quién beneficia y a quién perjudica esta colosal redistribución de recursos económicos, que hace pequeños incluso a los Estados de bienestar más avanzados. Discutir sobre la constitucionalidad del rescate es en cierta manera una distracción, porque de lo que deberíamos estar hablando es de la constitucionalidad de la redistribución de la deuda. Que, dicho sea de paso, implica un vaciamiento completo del ideal regulador de economía de libre mercado (falseado por la recompensa astronómica a quién conoce la alquimia de la transferencia de deuda a costa de quién sigue empeñándose en hacer cosas y dar servicios).

Toda la discusión pública sobre la crisis de la deuda pública europea no sólo está distorsionada por el fetichismo de la deuda, sino también por la la caracterización de la deuda pública como patrimonio de los distintos Estados Miembros, al tiempo que se asocia el nivel de deuda con la cultura política y constitucional de

[263] Una reflexión agudísima en John Lanchester, *Whoops!: Why everyone owes everyone and no one can pay*, London: Allan Lane, 2010. Véanse también los artículos de Lanchester publicados en la última década en la *London Review of Books*.

esos Estados. Los clichés han sido legión durante la crisis griega, y aunque distintos y quizá más sutiles, también han estado presentes durante el rescate irlandés. El reflejo nacionalista esconde la sustancia económica del problema. Grecia e Irlanda no desaparecerán por suspender pagos. No hay duda de que la *confianza* de los compradores de deuda de estos países se verá afectada (o quizá la desconfianza ya no puede ser más grande, o quizá puedan encontrar un marco financiero distinto), y no podemos estar seguros de que el bienestar de los ciudadanos griegos o irlandeses será mejor o peor como consecuencia. De una cosa podemos estar seguros: los *acreedores*, la contraparte crediticia de los Estados griego e irlandés sufriría gravemente (o habría sufrido si esa deuda no se hubiera transferido en su enésimo transformismo a las arcas de otros estados de la Unión Europea o de la Banca Central de la Unión) si los PIGS hubieran reestructurado su deuda. Pero si esto es así, al rescatar a Grecia o a Irlanda se está rescatando a sus acreedores, en una parte notable, entidades bancarias con sede operativa en otros países de la Unión. Y no hace falta indicar que es cursi creer que los detentores del capital son sensibles a argumentos nacionales. Detrás de los PIGs se esconden los grandes bancos y fondos de inversiones europeos (y no europeos). Debería resultar obvio que el rescate de la deuda irlandesa quiere decir el rescate de la deuda de los bancos irlandeses que fue nacionalizada una noche de Septiembre de 2008, y que si no fuera devuelta arrastraría con ella no al estado irlandés sino a los acreedores de los bancos irlandeses. El Banco de Pagos Internacionales confecciona estadísticas y cuadros que son reveladores de la realidad económica detrás del fetichismo nacional. Cuando el *Chancellor of the Exchequer* explica que el Reino Unido está dispuesto a ayudar a Irlanda *porque es un país amigo*, pero no a otros países del euro[264], detrás de la afectación de

[264] 'Ireland bail out: George Osborne defends support for friend in need', The Daily Telegraph, 22 de Noviembre de 2010, disponible en *http://www.telegraph.co.uk/finance/financetopics/financialcrisis/8152065/Ireland-bail-out-George-Osborne-defends-support-for-friend-in-need.html*

Osboner subyace el hecho de que el Exchequer prefiere contribuir al fondo de rescate irlandés a ver cómo sufren graves pérdidas los bancos británicos (pérdidas que lastrarían los presupuestos del Estado en la medida en la que el Exchequer es principal accionista de alguno de los principales bancos del Reino Unido).

II.

§ 90. Tras la Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Alemán, el pendiente caso *Mangold* se presentaba como una ocasión fundamental para poner a prueba la doctrina *Lisboa*. Como es bien sabido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había concluido en la sentencia sobre el mismo asunto en 2005 que una norma federal alemana (que posibilitaba la contratación temporal de los mayores de 52 años sin obligación de consolidar el puesto de trabajo pasado el plazo generalmente establecido en el derecho laboral alemán de dieciocho meses) era contraria al derecho comunitario, en tanto en cuanto violaba el principio de no discriminación por razón de edad[265]. El fallo fue objeto de intensas críticas, no sólo por el contenido sustantivo del mismo, sino por los argumentos de los que se valieron los jueces de Luxemburgo para sustentar la decisión. Por lo que respecta a esta última cuestión, el Tribunal osciló entre la afirmación de que el principio de no discriminación por razón de edad es uno de los principios generales del derecho comunitario, en la medida en la que es parte de las tradiciones constitucionales comunes (fundamento 74, que a su vez se apoya en el preámbulo de la Directiva que a continuación se menciona)[266], y la premisa de

[265] Asunto C-144/04, *Mangold*, sentencia de 22 de Noviembre de 2005, [2005] ECR I-9981. La decisión del Tribunal Constitucional Alemán, de 26 de Agosto de 2010, está disponible en *http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106.html* (y en versión inglesa en *http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106en.html*)

[266] «En segundo lugar y sobre todo, la Directiva 2000/78 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación.

que una discriminación tal quedaba prohibida en virtud de los Artículos 1, 2 y 6 de la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación[267]. Ambas afirmaciones eran problemáticas. De los quince estados miembros que configuraban la Unión cuando se planteó la cuestión prejudicial, sólo dos constituciones (la portuguesa y la finlandesa) hacían mención del principio de no discriminación por razón de edad, al tiempo que el principio no parecía respaldado de forma evidente a partir de la lectura sistemática del derecho constitucional material de los restantes Estados. El método comparado crítico de destilación de las tradiciones constitucionales comunes no parece haberse seguido de forma especialmente escrupulosa en este caso. Por lo que respecta a la Directiva, distaba de ser obvio que fuera aplicable al caso, en la medida en la que el Estado alemán se había valido de la posibilidad prevista en el Artículo 18.2 de la misma para posponer tres años la fecha límite de transposición. El Tribunal afirmó que, aunque ello fuera así, ese periodo excepcional no podía emplearse para introducir en el ordenamiento nacional «disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por» la Directiva (fundamento 119 de las Conclusiones de Tizzano; 67 de la Sentencia). De este modo, el Tribunal parece limitarse a reafirmar su jurisprudencia previa en la que habría sostenido que el efecto directo de las directivas implica que

---

En efecto, a tenor de su artículo 1, esta Directiva únicamente tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual», mientras que, como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva, el principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en la tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros». Sin embargo, los recitales del preámbulo de la Directiva distan de ofrecer argumentos concluyentes acerca del principio de no discriminación por razón de edad, y muy especialmente, de en qué sentido específico haya de entenderse como un principio general de derecho comunitario.

[267] Directiva 2000/78/CE del Consejo, OJ L 303 de 2 de Diciembre de 2000, pp.16-22.

las mismas sean fuentes de derechos y obligaciones (incluso frente a terceros) *incluso antes de la fecha de su transposición*[268]. De modo que el hecho de que se permita celebrar contratos de trabajo de duración determinada «sin límite alguno» si el trabajador supera los cincuenta y dos años resultó ser contrario al derecho comunitario. Lo que implicaba afirmar que Mangold tiene un derecho frente a su empleador a la celebración de un contrato indefinido (o sea, que nos encontramos ante un supuesto en que se reconoce efecto directo horizontal a la dierctiva). Desde una perspectiva constitucional, ello implica recalibrar el efecto jurídico de las directivas, y poner en cuestión aún en mayor medida qué añada a la directiva el *plus* procesal de su transposición. Y a ello se une la cuestión sustantiva de fondo. La norma alemana traía causa de la constatación de que el grupo de trabajadores con una edad superior a los 52 años tenía graves dificultades para encontrar empleo. El legislador teutónico suspendió temporalmente la obligación de contratar de forma indefinida a estos trabajadores tras dieciocho meses en el empleo con el objeto de fomentar su contratación. La medida puede ser discutida políticamente, pero desde la perspectiva constitucional parece responder a una ponderación de principios constitucionales, conforme a la cual la realización del objetivo de crear las condiciones para que los trabajadores de este grupo de edad puedan volver a encontrar un empleo estable exige diferenciar el régi-

[268] El Tribunal de Justicia dice en este punto apoyarse en su jurisprudencia anterior (sirviendo del leading case que es el Asunto 129/96 de 18 de Diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL,* [1997] I-7411, par. 47;). Sin embargo, el contexto de ese caso y de aquellos en que se ha venido aplicando esa jurisprudencia era un tanto distinto, por la sencilla razón de que los Estados habían transpuesto erróneamente antes de tiempo, y se trataba de determinar desde cuándo había de extenderse nacida la eventual responsabilidad extracontractual estatal. En este caso la eventual infracción del principio de no discriminación por razón de edad resulta de la persecución de un objetivo sustantivo de política social: la integración en el mercado laboral de los mayores de cincuenta y dos años, un colectivo especialmente afectado por el desempleo de larga duración.

men jurídico al que quedan sujetos éstos. Dista de ser obvio que esa diferenciación infrinja el principio de no discriminación por razón de edad en las tradiciones constitucionales comunes. Y que por tanto el Tribunal de Justicia no haya limitado de forma desproporcionada el ejercicio de la competencia nacional en materia de empleo; y al hacerlo, habría afirmado un principio formal a costa de socavar la posición socio-económica de los desempleados de larga duración en Alemania cuya edad supere los 52 años.

§ 91. Por todo ello, la decisión sobre el caso *Mangold* del Tribunal Constitucional Alemán es pertinente a los efectos de este trabajo, al ser un pequeño Lisboa II sobre una sentencia del Tribunal de Justicia que dista de ser especialmente afortunada. Si los jueces de Karlsruhe realmente hubieran dejado constancia de su cripto-nacionalismo en la sentencia Lisboa (como los críticos sostienen), ¿acaso no era este un caso perfecto para orientar la jurisprudencia constitucional en un sentido aún más restrictivo frente al derecho comunitario?

§ 92. El fallo Mangold, sin embargo, apunta en la dirección contraria. Los jueces constitucionales alemanes han definido de muy restrictiva el control de constitucionalidad del derecho comunitario por ultra vires competencial asociado a la identidad constitucional alemana. Al hacerlo, han pulido una buena parte de las esquinas más agudas del fallo Lisboa y de este modo han puesto de relieve su voluntad de mantener una relación de cooperación con el Tribunal de Justicia. Los jueces de Karlsruhe no sólo han insistido en que el control competencial (ultra vires) «ha de llevarse a cabo en un modo y manera que refleje la apertura al derecho comunitario» (par. 58 de la Sentencia), sino específicamente que tiene que perseguir conciliar el papel que corresponde al Tribunal de Justicia en el mantenimiento de la unidad y coherencia del derecho comunitario (par. 56 de la Sentencia). Es por ello que el Tribunal fija tres condiciones para declarar la inconstitucionalidad nacional de una norma comunitaria. La primera, sustantiva, es que la violación

de los criterios de atribución de competencias sea manifiesta, altamente significativa dadas sus consecuencias sistémicas y afecte seriamente a la norma concernida (par. 60). La segunda, procesal, es que el Tribunal de Justicia haya tenido ocasión de pronunciarse (par. 60), lo que por sí mismo puede posponer *ad kalendas graecas* el control de constitucionalidad nacional, e implica caracterizar el control del Tribunal alemán como subsidiario al supranacional. La tercera, que aún dictada sentencia en Luxemburgo, el exceso competencial refrendado por los jueces supranacionales no pueda justificarse adscribiéndose al margen de error tolerable en la tarea jurisprudencial compleja que tiene asignada el Tribunal de Justicia (par. 66). Tal «margen de error» parece estar en cierta relación con la aceptación del desarrollo dinámico del sistema de competencias por parte del Tribunal de Justicia (par. 62), sujeto al único límite de que no implique que los jueces de Luxemburgo se arroguen poderes legislativos de latitud e implicaciones políticas (par. 64)[269]. A la vista de todo ello, si se puede acusar a Karlsruhe de algo es precisamente de pecar de un europeísmo un tanto *naïve*, como de forma aguda apunta el disidente y discordante juez Landau (par. 104 de la Sentencia). A mi juicio, sin embargo, la sentencia *Mangold* ha de ser leída, como la Lisboa, en su contexto constitucional. El Tribunal alemán hace un nuevo ejercicio de equilibrismo institucional, consciente no sólo (y quizá no tanto) de las críticas vertidas a la Sentencia Lisboa, como de la delicada situación constitucional de la Unión. En *Mangold* se afirma el principio estructural del control de constitucionalidad nacional del derecho comunitario derivado, pero Karlsruhe crea un espacio constitucional de autocontención. Lo que no es óbice para que el mensaje de Lisboa se reitere aquí. En particular, es preciso llamar la atención del lector

[269] El parágrafo 64 es en buena medida un *obiter dicta* en el que los jueces condensan una teoría de la interpretación constitucional que dista de ser obviamente correcta, pero que resulta interesante en la medida en la que, implícitamente, refleja el modo y la manera en la que el Tribunal Constitucional Alemán cree que él mismo interpreta la Ley Fundamental Alemana.

sobre la advertencia clara de los jueces alemanes. La interpretación restrictiva del control de ultra vires se sustenta en la premisa de que el Tribunal de Justicia desarrolle su jurisprudencia competencial de forma ecuánime, y sea sensible no sólo a las necesidades reguladoras de la Unión, sino también a las responsabilidades de los Estados Miembros (par. 62). Si el Tribunal de Justicia recoge el guante, deberá recalibrar su jurisprudencia, especialmente la relativa al ámbito y extensión material de las libertades económicas[270].

[270] Resulta paradójico que la comisaria Redding haya definido como uno de los derechos de la Carta que requiere una acción de vigilancia especial por parte de la Comisión la libertad de empresa, que como es bien sabido, está amenazada por gobiernos cripto-bolcheviques dispuestos a asfixiar la iniciativa privada. Para un uso tal de la Carta no hacían falta alforjas constitucionales. Véase Vivianne Redding, ' The importance of the EU Charter of Fundamental Rights for European legislative practice Lecture given at the German Institute for Human Rights Berlin', 17 de Septiembre de 2010, disponible en *http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/463&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en*.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa[1]

(BVERFG, 2 BVE 2/08 DE 30.6.2009, PÁRRAFOS 1 – 421)

Directrices de la Sentencia de la Sala Segunda de 30 de junio de 2009 —2 BvE 2/08—, —2 BvE 5/08—, —2 BvR 1010/08—, —2 BvR 1022/08—, —2 BvR 1259/08—, —2 BvR 182/09—

1. La Ley Fundamental de Bonn habilita, con el art. 23 LFB, para la participación y desarrollo de una Unión Europea concebida como Unión de Estados. El concepto de «Unión» (*Verbund*) abarca una estrecha asociación a largo plazo de dichos Estados que mantienen su soberanía, una asociación que ejerce el poder público sobre la base de un Tratado, pero cuyo Ordenamiento fundamental está sujeto solamente a lo que dispongan los Estados miembros, y en la cual los pueblos de los Estados miembros —esto es, los ciudadanos nacionales de los Estados— siguen siendo el sujeto de legitimación democrática.

2. a) En la medida en que los Estados miembros elaboran el derecho de los tratados de modo que, bajo la exigencia fundamen-

[1] Traducción por Carlos Vidal Prado (Directrices, introducción y parágrafos 1 a 193, y 406 a 421) y por Cristina Elías Méndez (parágrafos 194 a 405). La traducción completa se ha revisado y corregido por ambos traductores, unificando los criterios de traducción de algunos términos. Las citas textuales entrecomilladas del Tratado de Lisboa corresponden a la versión oficial en español.

tal del principio de atribución de competencias singular y restringida, no puede llevarse a cabo una modificación del derecho de los tratados sin un procedimiento de ratificación, corresponde una especial responsabilidad, junto a la propia del Gobierno Federal, a los órganos legislativos, en lo que se refiere a la participación, que en el ámbito nacional de Alemania debe cumplir con los requerimientos exigidos por el art. 23 LFB (responsabilidad sobre la integración) y puede, en caso necesario, ser determinado en un proceso ante el Tribunal Constitucional Federal.

b) No es necesaria una Ley, en el sentido del art. 23.1, frase 2 LFB, en cuanto a especiales cláusulas pasarela restringidas a ámbitos que están suficientemente determinados por el Tratado de Lisboa. También en estos casos, sin embargo, corresponde al Bundestag y —en la medida en que se ven afectadas competencias legislativas de los Estados federados, al Bundesrat—, asumir su responsabilidad con respecto a la integración en otra forma adecuada.

3. La Unión Europea, construida sobre la base de un Tratado de Unión de Estados soberanos, no puede llevarse a cabo de modo que los Estados miembros no conserven un espacio suficiente para la determinación política de las condiciones de vida económicas, culturales y sociales. Esto se aplica en particular a ámbitos concretos que influyen sobre las circunstancias vitales de los ciudadanos, sobre todo el espacio privado de su propia responsabilidad, protegido por los derechos fundamentales, y la seguridad personal y social, así como en lo que se refiere a las decisiones políticas que dependen particularmente de una precomprensión histórica, cultural y lingüística, y que se despliegan discursivamente en el espacio político público organizado en los partidos políticos y el Parlamento.

4. El Tribunal Constitucional Federal examina si los actos legislativos de los órganos y de las instituciones europeas, observando el principio de subsidiariedad propio del Derecho comunitario y de la Unión (Art. 5.2 TCE, Art. 5.1, frase 2 del Tratado sobre la Unión Europea en la versión del Tratado de Lisboa —TUE versión Lisboa—), se mantienen dentro de los límites de los derechos de soberanía a ellos atribuidos por medio de delegaciones singulares y limi-

tadas (cfr. BVerfGE 58, 1 <30 y s.>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188> : cfr. en las sentencias citadas lo relativo a actos jurídicos que transgreden los límites). Además, el Tribunal Constitucional Federal examina si se respeta el inviolable núcleo esencial de la identidad constitucional de la LFB, conforme al art. 23.1, frase 3, en relación con el art. 79.3 de la LFB (cfr. BVerfGE 113, 273 <296>). El ejercicio de esta competencia de revisión radicada en la Constitución sigue el principio de apertura hacia el Derecho europeo por parte de la Ley Fundamental de Bonn (*Europarechtsfreundlichkeit*), y por ello no contradice en modo alguno la norma sobre la cooperación leal (art. 3.4 TUE versión Lisboa); de otro modo, en el proceso de avance de la integración no podrían garantizarse las estructuras constitucionales y las políticas fundamentales de los Estados miembros soberanos, reconocidas por el art. 4.2, frase 1, TUE versión Lisboa. Por lo tanto, la tutela constitucional y la ejercida por el derecho europeo sobre la identidad constitucional nacional van de la mano en el especio jurídico europeo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL
- 2 BvE 2/08 - - 2 BvE 5/08 - - 2 BvR 1010/08 -
- 2 BvR 1022/08 - - 2 BvR 1259/08 - - 2 BvR 182/09 -

Notificada el 30 de junio de 2009
Sr…….. como oficial fedatario de la Secretaría.

En nombre del pueblo

En los Procesos

I. relativo a la demanda para que se declare, en el conflicto entre órganos constitucionales,

a) que la Ley de 8 de octubre de 2008 sobre el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (Boletín Oficial Federal 2008, II, p. 1038) viola el art. 20.1 y 2, art. 23.1 y art. 79.3 LFB y lesiona al recurrente en sus derechos derivados del art. 38.1 LFB.

b) que el art. 1, números 1 y 2, de la Ley para la reforma de la LFB (arts. 23, 45 y 93) de 8 de octubre de 2008 (Boletín Oficial Federal I, p. 1926) y el artículo 1, § 3.2, § 4.3, núm. 3 y § 4.6, así como § 5 de la Ley por la que se amplían y fortalecen los derechos del Bundestag y el Bundesrat en materias de la Unión Europea (Boletín Oficial del Parlamento Federal 16/8489) viola los arts. 20.1 y 2, art. 23.1 y art. 79.3 LFB, y lesionan al recurrente en su derecho derivado del art. 38.1.

Demandante: Dr. G.

— Representante legal

1. Prof. Dr. Dietrich Murswiek, Lindenaustraße 17, 79199 Kirchzarten,

2. Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Bub, Promenadeplatz 9, 80333 München

— Demandado

1. El Bundestag alemán, repesentado por su Presidente, Platz der Republik 1, 11011 Berlin,

— Representante legal

Prof. Dr. Dr. h.c. Ingolf Pernice, Laehrstraße 17a, 14165 Berlin

2. El Gobierno federal, representado por la Canciller, Bundeskanzleramt, Willy-Brandt-Straße 1, 10557 Berlín,

— Representante legal: Prof. Dr. Dr. h.c. Christian Tomuschat, Odilostraße 25a, 13467 Berlin –

y la demanda de que se decreten medidas provisionales

y la demanda sobre otras medidas auxiliares

- 2 BvE 2/08 -,

II. relativo a la demanda para que se declare en un conflicto entre órganos constitucionales que la Ley de 8 de octubre de 2008 sobre el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (Boletín Oficial Federal 2008, II, p. 1038) lesiona al Parlamento alemán (Bundestag) en sus derechos como órgano legislativo y por ello es incompatible con la Constitución.

Demandante: Grupo Parlamentario DIE LINKE (La izquierda) del Parlamento alemán, representado por el Presidente Dr. Gregor Gysi,

miembro del Bundestag y Oskar Lafontaine, miembro del Bundestag, Platz der Republik 1, 11011 Berlin,

— Representante legal: Prof. Dr. Andreas Fisahn, Universität Bielefeld, Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld

Demandado: Bundestag alemán, representado por el Presidente. Platz der Republik 1, 11011 Berlin,

— Representante legal: Prof. Dr. Franz Mayer, Lettestraße 3, 10437 Berlin –

y la demanda de que se decreten medidas provisionales

- 2 BvE 5/08 -,

III. relativo al recurso de amparo del Sr. Dr. G....

— Representante: 1. Prof. Dr. Dietrich Murswiek, Lindenaustraße 17, 79199 Kirchzarten

2. Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Bub, Promenadeplatz 9, 80333 München

— contra

a) Ley de 8 de octubre de 2008 sobre el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (Boletín Oficial Federal 2008, II, p. 1038),

b) artículo 1, números 1 y 2 de la Ley para la Reforma de la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) de 8 de octubre de 2008 (Boletín Oficial Federal 2008, I, p. 1926),

c) Artículo1, § 3.2, § 4.3, núm. 3 y § 4.6, así como § 5 de la Ley por la que se amplían y fortalecen los derechos del Bundestag y el Bundesrat en materias de la Unión Europea (Boletín Oficial del Bundestag 16/8489)

y la demanda de que se decreten medidas provisionales

y la demanda de otras medidas auxiliaries.

- 2 BvR 1010/08 -,

IV. relativo al recurso de amparo del Sr. Prof. Dr. Dr. B...,

— Representante: Abogados Tempel & Kollegen, Sternstraße 21, 80538 München –

contra la Ley de 8 de octubre de 2008 sobre el Tratado de Lis-

boa de 13 de diciembre de 2007 (Boletín Oficial Federal 2008, II, p. 1038),

y la demanda de que se decreten medidas provisionales

- 2 BvR 1022/08 -,

V. relativa al recurso de amparo de los miembros del Budestag alemán 1. Sr .A..., 2. Sr. Dr. B..., 3. Sra. B..., 4. Sr. Prof. Dr. B..., 5. Sra. B..., 6. Sra. B..., 7. Sra. Dr. B..., 8. Sr. C..., 9. Sra. D..., 10. Sr. Dr. D..., 11. Sr. D..., 12. Sra. Dr. E..., 13. Sr. E..., 14. Sr. G..., 15. Sra. G..., 16. Sr. Dr. G..., 17. Sra. H..., 18. Sr. H..., 19. Sr. H..., 20. Sra. H..., 21. Sra. H..., 22. Sra. Dr. H..., 23. Sra. J..., 24. Sra. Dr. J..., 25. Sr. Prof. Dr. K..., 26. Sra. K..., 27. Sra. K..., 28. Sr. K..., 29. Sra. K..., 30. Sr. L..., 31. Sr. L..., 32. Sra. L..., 33. Sra. Dr. L..., 34. Sr. M..., 35. Sra. M..., 36. Sra. M..., 37. Sra. N..., 38. Sr. N..., 39. Sr. Prof. Dr. P..., 40. Sra. P..., 41. Sr. R..., 42. Sra. R..., 43. Sr. S..., 44. Sr. S..., 45. Sr. Prof. Dr. S..., 46. Sr. Dr. S..., 47. Sra. Dr. S..., 48. Sr. S..., 49. Sra. Dr. T..., 50. Sr. Dr. T..., 51. Sr. U..., 52. Sr. W..., 53. Sra. Z...,

— Representante: Prof. Dr. Andreas Fisahn, Universität Bielefeld, Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld –

contra la Ley de 8 de octubre de 2008 sobre el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (Boletín Oficial Federal 2008, II, p. 1038),

y la demanda de que se decreten medidas provisionales

- 2 BvR 1259/08 -,

VI. relativa a los recursos de amparo

1. del Sr. Prof. Dr. Dr. S...,

2. del Sr. Graf von S...,

3. del Sr. Prof. Dr. Dr. S...,

4. del Sr. Prof. Dr. K...,

— Representante de 1.-3.: Abogado Prof. Dr. Markus C. Kerber, Hackescher Markt 4, 10178 Berlin –

contra

a) la Ley de 8 de octubre de 2008 sobre el Tratado de Lisboa

de 13 de diciembre de 2007 (Boletín Oficial Federal 2008, II, p. 1038),

b) la Ley para la Reforma de la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) de 8 de octubre de 2008 (Boletín Oficial Federal 2008, I, p. 1926) y la Ley por la que se amplían y fortalecen los derechos del Bundestag y el Bundesrat en materias de la Unión Europea (Boletín Oficial del Parlamento Federal 16/8489)

- 2 BvR 182/09 –

El Tribunal Constitucional Federal (Sala Segunda), con la participación de las magistradas y magistrados: el Vicepresidente Voßkuhle, Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinghoff, Lübbe-Wolff, Gerhardt, Landau, con base en los procedimientos orales de 10 y 11 de febrero de 2009, por medio de la siguiente

Sentencia

considerado en Derecho:

1. Los procedimientos han sido acumulados en una decisión conjunta.

2. Se rechaza la demanda del recurrente citado en I, en el proceso sobre conflicto de atribuciones de órganos.

3. Se rechaza la demanda del recurrente citado en II en el proceso sobre conflicto de atribuciones de órganos.

4. a) La Ley por la que se amplían y fortalecen los derechos del Bundestag y el Bundesrat en materias de la Unión Europea (*Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*) (Boletín Oficial del Parlamento Federal 16/8489) viola el art. 38.1, en relación con el art. 23.1 de la LFB, en la medida en que no se garantizan de modo suficiente los derechos de participación del Bundestag y el Bundesrat alemanes (en los procesos legislativos europeos y de modificación de los Tratados), tal y como se expone en los motivos señalados más abajo en el apartado C.II.3.

b) Antes de que entre en vigor la Ley que acoja las previsiones

constitucionales sobre la configuración de los derechos de participación no puede ser depositado el instrumento de ratificación, por parte de la República Federal alemana, del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Boletín Oficial Federal, 2008, II, pág. 1039).

5. Se rechazan los demás recursos de amparo.

6. La República Federal alemana deberá reembolsar la mitad de las costas procesales al recurrente citado en III, una cuarta parte a los recurrentes citados en IV y VI, así como una tercera parte al recurrente citado en V y al recurrente citado en II.

Fundamentos

A.

1

El objeto de esta decisión conjunta, que acumula procedimientos de conflictos de atribuciones y recursos de amparo, es la ratificación del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOUE Nr. C 306/1). Los procedimientos afectan a la Ley alemana por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa y, parcialmente, a las leyes alemanas de acompañamiento: la Ley sobre la modificación de la LFB (artículos 23, 45 y 93), promulgada, pero que no ha entrado todavía en vigor, así como la Ley sobre la ampliación y fortalecimiento de los derechos del Bundestag y el Bundesrat en materias de la Unión Europea, ya aprobada pero todavía no expedida ni publicada.

I.

2

1. El Tratado de Lisboa es —como el Acta única Europea y los Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza— una reforma de un Tratado de derecho internacional. Descansa, como los Tratados de

Ámsterdam y Niza, sobre el art. 48 del Tratado de la Unión Europea (TUE) de 7 de febrero de 1992 (DOCE Nr. C 191/1; cfr. para la actual versión consolidada DOUE 2002 Nr. C 325/5); esto significa que tiene su origen en el procedimiento de reforma previsto tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht. A diferencia del Acta Única Europea y de los Tratados de Ámsterdam y Niza, el Tratado de Lisboa establece una reforma fundamental del vigente sistema de tratados. El Tratado de Lisboa revoca la estructura de pilares de la Unión Europea y otorga personalidad jurídica a la Unión Europea. En cuanto a su significado con relación al desarrollo de la Unión Europea se asemeja, por tanto, al Tratado de Maastricht.

3

2. El Tratado de Lisboa reemplaza al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Tratado constitucional), de 29 de octubre de 2004 (DOCE Nr. C 310/1), no ratificado por todos los Estados miembros. Es cierto que el Tratado de Lisboa incorpora en gran parte los contenidos del Tratado constitucional; pero igualmente existen diferencias.

4

a) aa) El proceso de integración europea se inició con la entrada en vigor del Tratado sobre la Fundación de la Comunidad europea del Carbón y del Acero, concluido en París, el año 1951 (BOF 1952 II. p. 445)

5

La idea europea de una unidad política para Europa se fortaleció claramente después de 1945 (cfr. Loth, *Der Weg nach Europa. Geschichte der europäischen Integration 1939-1957*, 1990; Niess, *Die europäische Idee - aus dem Geist des Widerstands*, 2001; Wirsching, «Europa als Wille und Vorstellung, Die Geschichte der europäischen Integration zwischen nationalem Interesse und großer Erzählung», *ZSE* 2006, págs. 488 y ss.; Haltern, *Europarecht*, 2ª. ed., 2007, número marginal 48 y ss.). Los esfuerzos se dirigieron

hacia el establecimiento de los Estados Unidos de Europa y de la construcción de una nación europea. Se quiso fundamentar con una Constitución el estado federal europeo. Esto ya lo hizo el Congreso europeo de 1948 en La Haya, con su apelación para una Federación de Europa, de la cual se derivó inicialmente la construcción del Movimiento europeo y finalmente, como es evidente, el «Comité de acción para los Estados Unidos de Europa», fundado por Jean Monnet, al que pertenecieron influyentes políticos como Fanfani, Mollet, Wehner, Kiesinger y más tarde Heath, Brandt, Tindemans (cfr. Oppermann, *Europarecht*, 3. Edición, 2005, núm. marginal 14). Desde el Consejo Europeo, bajo presidencia del Conde Coudenhove Kalergi, líder del movimiento paneuropeo activo ya en los años veinte, se formuló el «Proyecto de una Constitución federal europea», de 6 Mayo de 1951, que se componía de 18 artículos. El proyecto se desarrolló por 70 miembros de la Asamblea consultiva del Consejo Europeo para la fundación del «Comité constitucional para los Estados Unidos de Europa». Se orientó hacia la estructura constitucional de Suiza, con un parlamento bicameral y un gobierno ejercido por un Consejo Federal. Los pueblos de la Federación debían estar representados en la Cámara de los Diputados en proporción al número de habitantes de cada Estado, con un diputado por cada millón de habitantes o fracción de millón (art. 9.3 del Proyecto de Constitución federal europea, impreso en: Mayer- Tasch/Contiades, *Die Verfassungen Europas: mit einem Essay, verfassungsrechtlichen Abrissen und einem vergleichenden Sachregister*, 1966, pág. 631 y ss.)

6

bb) Frente a la idea de una Constitución para los Estados Unidos de Europa surgieron desde un principio fuertes orientaciones nacional-estatales, que principalmente centraban su mirada en la necesaria reconstrucción y con ello hacia el interior de cada Estado. En la dirección opuesta, las obligaciones políticas de una política exterior y de defensa común eran una tarea de gran alcance debido a la situación de amenaza durante la guerra fría. Sobre todo los

Estados Unidos de América, como poder protector de Europa occidental, insistieron en la necesidad de alcanzar una contribución europea substancial de la defensa, que revelaba como recomendable buscar también el modo de conseguir un rearme alemán integrado y controlado. Por eso tuvo lugar inicialmente la europeización de la por entonces significativa, tanto desde el punto de vista económico como estructural, industria del carbón y del acero, por medio de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y la fundación de una Comunidad europea de defensa, es decir, la creación de unas Fuerzas armadas europeas con decisiva participación francesa y alemana. El Tratado sobre una Comunidad Europea de Defensa, negociado al mismo tiempo que el Tratado para la fundación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que preveía una integración en las políticas de seguridad, fracasó sin embargo debido al rechazo de la Asamblea Nacional francesa (cfr. von Puttkamer, «Vorgeschichte und Zustandekommen der Pariser Verträge vom 23. Oktober 1954», *ZaöRV* 1956/1957, págs. 448 y ss.). La unión política, negociada ya originalmente, había fracasado en la etapa de la negociación y se había aplazado por tiempo indefinido. Con el rechazo a la Comunidad europea de la defensa y la ausencia de una comunidad política europea resultó evidente que el Estado federal europeo no podría acometerse de modo inmediato.

7

cc) Con todo, la integración económica introducida con la Comunidad Europea para el Carbón y el Acero era, hasta ese primer momento, el único paso concreto hacia la realización práctica de la visión europea. El rodeo que sufrió la integración política, exigido por causa de las persistentes resistencias nacional-estatales, pasando por un entrecruzamiento y conjunción de circunstancias económicas, determinó el carácter del desarrollo europeo en las décadas siguientes. Como resulta fácilmente deducible, para ir más allá de un estrechamiento de lazos económicos tan profundo como fuese posible, más allá de un Mercado Común, debía ser promovida la necesaria colaboración política común, y debían darse unas condi-

ciones económicas y comerciales, que permitiesen una unidad política, también en el ámbito de la política exterior y de seguridad (cfr. Stikker, «The Functional Approach to European Integration», *Foreign Affairs,* 1951, pág. 436 y ss.; Küsters, *Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, 1982, págs. 55 y ss. y 79 ss.). Este principio funcional se basaba en los «Tratados de Roma» concluidos en 1957 —el Tratado para el establecimiento de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (BOF 1957 II pág. 753) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE); (BOF 1957 II pág. 766; cfr. para la actual versión consolidada del Tratado para el establecimiento de la Comunidad Europea <TCE> DOUE 2002. Núm. C 325/1). En las décadas siguientes los tratados continuaron desarrollándose paso a paso y su configuración orgánica se fue asimilando en parte a las estructuras estatales. La conocida como «Acta de elección directa» posibilitó en 1979 la primera elección directa del Parlamento Europeo (*Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments*, Resolución del Consejo de 20 de septiembre de 1976 <BOF 1977 II pág. 733>; cuya última modificación se produjo por medio de la Resolución del Consejo de 25 de junio de 2002 y 23 de septiembre de 2002 <BOF 2003 II pág. 810>).

8

dd) El Acta Única Europea de 28 de febrero de 1986 (DOUE 1987. Núm. L 169/1) fue, después de Tratado de fusión técnico-organizativo puesto en marcha a partir del año 1965 (DOUE 1967. Núm. L 152/1) y las reformas de los preceptos financieros de los Tratados de los años 1970 (DOUE 1971, núm. L 2/1 y DOUE 1977, núm. L 359/1) la primera gran reforma de los Tratados. Con ese Tratado se puso claramente de manifiesto la voluntad de reasumir la meta original de una unión política de Europa. Trajo consigo una ampliación de las votaciones por mayoría cualificada en el Consejo, la ampliación de los poderes del Parlamento Europeo por medio de la introducción de los procesos de cooperación, la intro-

ducción de la cooperación política europea basada en los procedimientos intergubernamentales y la institucionalización formal del Consejo Europeo como órgano colegiado de control de las grandes líneas políticas («Impulso» en el sentido del art. 4 TUE, cfr. Bulmer/Wessels, *The European Council: Decision-making in European Politics*, 1987).

9

Los Tratados comunitarios continuaron desarrollándose sobre todo mediante el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) de 7 de febrero de 1992 (DOUE Núm. C 191/1). Con él debía alcanzarse una «nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha de los pueblos de Europa» (Art. 1.2 TUE; cfr. también BVerfGE 89, 155 <158 y ss.>). Se creó la Unión Europea (UE), cuyo fundamento lo constituían las –en su momento- tres comunidades, ahora dos, desde la puesta en marcha del Tratado sobre el establecimiento de la Comunidad Europea para el carbón y el acero. Se complementan a través de dos formas de cooperación intergubernamental: la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y la cooperación en los ámbitos de Justicia e Interior (el conocido como el concepto de los tres pilares). La Comunidad Económica Europea pasó a denominarse Comunidad Europea (CE). Además, el Tratado de Maastricht introdujo el principio de subsidiariedad, la ciudadanía europea y la unión económica y monetaria, estableció nuevas competencias para la Comunidad Europea (educación, cultura, salud, protección de los consumidores, redes transeuropeas) y amplió las competencias del Parlamento Europeo, introduciendo el procedimiento de la codecisión para la legislación en algunas materias. Con este procedimiento ya no puede concluirse una disposición de Derecho derivado sin el acuerdo del Parlamento Europeo. El Tratado de Maastricht preveía también, con relación a la arquitectura orgánica, una revisión de los tratados (Art. N.2 del Tratado de Maastricht), que se revelaba cada vez más urgente ante la prevista ampliación de la Unión Europea. La composición y tipos de funciones de los órganos europeos apenas se

habían modificado desde los años 50, aunque el número de los seis Estados miembros originarios había aumentado mientras tanto a doce y la Unión Europea pasó a asumir evidentemente más tareas que las de las Comunidades Europeas al principio de la integración europea.

10

El Tratado de Ámsterdam, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (Tratado de Ámsterdam) de 2 de octubre de 1997 (DOUE Núm. C 340/1) amplió de nuevo las competencias de la Unión Europea y de la Comunidad Europea, como por ejemplo para la política común de empleo. Transfirió materias especiales tales como las cuestiones del asilo, de la inmigración y de los visados, así como la cooperación de la Justicia en materias civiles, las cuales habían constituido hasta ese momento materia de cooperación intergubernamental, en el ámbito de aplicación del Tratado supranacional para el establecimiento de la Comunidad Europea y creó la posibilidad de un reforzamiento de la cooperación de ciertos Estados miembros. Además el Tratado de Ámsterdam introdujo la figura de un Alto representante para la política exterior y de seguridad común, disciplinó el procedimiento de codecisión, consolidó los derechos de control del Parlamento Europeo en lo referente a la Comisión. El Tratado dejó abiertas, sin embargo, las cuestiones institucionales vinculadas a la ampliación de la Unión Europea, sobre todo las referidas al tamaño de los órganos institucionales, la asignación de escaños y el alcance de la decisión por mayoría.

11

Ya en el momento de la conclusión y la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam se consideraba necesario otro Tratado de reforma. Éste vio la luz como Tratado de Niza, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (Tratado de

Niza) de 26 de Febrero de 2001 (DOUE Núm. C 80/1). Con él se continuó ampliando el número de materias que podían ser objeto de decisiones con mayoría cualificada en el Consejo, y se adaptó la composición de la Comisión, el número de los diputados en el Parlamento Europeo y el peso de los votos en el Consejo, a la nueva ampliación política ya decidida de la Unión Europea hasta diez nuevos Estados del Este y Sureste europeo. Además, los representantes gubernamentales convinieron en el hecho de que los Estados miembros que tomasen una decisión en el Consejo debían representar por lo menos a un 62 por ciento de la población total de la Unión Europea. Asimismo, en la conferencia intergubernamental de Niza fue solemnemente proclamada la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, preparada por una Convención, (GRCh, DOUE 2000. Núm. C 364/1) como Declaración política del Parlamento Europeo, del Consejo y la Comisión, sin que se considerase parte del Tratado de Niza.

12

b) aa) Después de que quedase claro que el Tratado de Niza sólo se ocuparía de llevar a cabo los necesarios ajustes acordados sobre la estructura institucional de la Unión Europea, se planteó de nuevo reanudar el debate sobre el fallido Proyecto de Constitución de los años 50. Así el ministro alemán de Asuntos Exteriores Fischer propuso una Constitución europea (cfr. Fischer, *Vom Staatenverbund zur Föderation - Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*, integration 2000, pág. 149 y ss.) y surgió con ello un amplio debate sobre la Constitución (cfr. sobre ello Laffan, «Der schwierige Weg zur Europäischen Verfassung: Von der Humboldt-Rede Außenministers Fischer bis zum Abschluss der Regierungskonferenz», en: Jopp/Matl, *Der Vertrag über eine Verfassung für Europa, Analysen zur Konstitutionalisierung der EU*, 2005, págs. 473 y ss.). Si bien la conferencia intergubernamental de Niza asumió el proyecto de una Constitución europea en el Núm. 23 de la Declaración sobre el Futuro de la Unión (DOUE 2001. Núm. C 80/85), sin embargo sólo manifestó la voluntad de

acometer la reforma institucional de la Unión. En la Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea de 15 de diciembre de 2001 (Boletín UE 12-2001, I.27 <Anlage I>) se proponían cuatro objetivos de la reforma:

13

— Primero: «Un mejor reparto y definición de las competencias en la Unión Europea». Para ello se debe acometer sobre todo una mayor transparencia en el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros y la mayor clarificación posible del principio de subsidiariedad, y debe analizarse qué competencias puede estar justificado que se atribuyan, por un lado, a la Unión y además, por otra parte, qué competencias hasta ahora ejercidas comunitariamente pueden ser transferidas de nuevo a los Estados miembros.

14

— Segundo: «La simplificación de los instrumentos de la Unión». Para ello debe introducirse una distinción entre medidas legislativas y medidas de aplicación, así como una disminución del número de instrumentos legislativos.

15

— Tercero: «Más democracia, transparencia y eficiencia en la Unión Europea». Con este objetivo deben considerarse numerosas cuestiones de organización y procedimiento, así como también el papel de los parlamentos nacionales.

16

— Cuarto: «El camino hacia una Constitución para los ciudadanos europeos». Con esta perspectiva deben reorganizarse los Tratados, y considerarse la recepción de la Carta de Derechos Fundamentales en el Tratado básico y la adopción de un Texto constitucional en la Unión Europea.

17

En el contexto del tercer objetivo se trató particularmente la cuestión de cómo podría incrementarse la legitimación democrática y la transparencia los órganos existentes, y cómo debía ser designado el Presidente de la Comisión: por el Consejo Europeo, por el Parlamento Europeo o mediante elección directa por los ciudadanos. La Declaración de Laeken se cuestionaba si y cómo deberían ser modificados el modo de elección y las funciones del Parlamento Europeo, así como la actividad del Consejo.

18

bb) El Consejo europeo constituyó, con la Declaración de Laeken, una Convención para la elaboración de un texto constitucional (cfr. en general sobre la Convención Wessels, *Der Konvent: Modelle für eine innovative Integrationsmethode*, integration 2002, págs. 83 y ss.). El órgano colegiado (*Gremium*) debía examinar los cuatro objetivos de la reforma mencionados, con la participación de los Estados candidatos a la entrada en la UE en aquel momento. El Tratado constitucional proyectado por la Convención y revisado por la Conferencia intergubernamental contenía extensas modificaciones, aunque ninguna revisión total de los Tratados. El Tratado constitucional preveía subsumir en un único Tratado el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, abandonar la estructura basada en los pilares y dotar a la Unión Europea de personalidad jurídica propia. La primacía del Derecho comunitario frente al derecho nacional, basada hasta ese momento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se establecería de modo expreso, y se regularían por primera vez los símbolos de la Unión Europea: bandera, himno, divisa, moneda y el Día de Europa. Como otros cambios sustanciales fueron previstos:

19

— la inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales en el Tratado constitucional,

20

— la categorización y clasificación de las competencias de la Unión,

21

— el desarrollo de las instituciones de la Unión, particularmente a través de la creación del cargo de Presidente del Consejo Europeo y de un Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión Europea,

22

— la introducción del principio de doble mayoría para las decisiones en el Consejo,

23

— una nueva tipología de las formas de actuación de la Unión, con conceptos como «Ley» y «Ley Marco»,

24

— la introducción de una iniciativa ciudadana europea,

25

— la creación de una política de vecindad,

26

— la institución de un derecho de revocar la vinculación con la Unión para los Estados miembros,

27

— diferentes y más simplificados procedimientos de reforma para partes y aspectos singulares del Tratado constitucional, así como

28

— la participación de los parlamentos nacionales en el proceso legislativo para el control de la subsidiariedad en forma de un sis-

tema de alerta temprana y un recurso por violación del principio de subsidiariedad.

29

Después del resultado negativo de los referéndums sobre el Tratado constitucional celebrados en Francia y los Países Bajos, el 29 de mayo y el 1 de junio de 2005, el Consejo Europeo acordó abrir una «fase de reflexión». Se les daría así la oportunidad a los Estados miembros que no habían ratificado todavía el Tratado constitucional para ratificarlo sin la presión del tiempo tras el amplio debate público suscitado o para posponer su ratificación (Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa <Reunión del Consejo Europeo de 16 y 17 de junio de 2005> Boletín de la UE 6-2005, I.30). Sin embargo, el proceso de ratificación no pudo ya ponerse de nuevo en marcha.

30

c) En la Declaración de Berlín de 25 de marzo de 2007, con ocasión del cincuenta aniversario de los Tratados de Roma (Boletín UE 3-2007, II.1), los Estados miembros acordaron abordar de nuevo la elaboración de un Tratado de Reforma (cfr. Maurer, «Nach der Referendenzäsur: Deutsche Europapolitik in und nach der Denkpause über den Verfassungsvertrag», en: Müller-Graff, *Deutschlands Rolle in der Europäischen Union*, 2008, págs. 11 y ss.). El Consejo Europeo de Bruselas atribuyó el 22 de Junio de 2007 a una Conferencia intergubernamental el mandato de preparar un denominado Tratado de Reforma de los Tratados existentes (Conclusiones de la Presidencia del Consejo europeo de 21 y 22 de junio de 2007 en Bruselas, Boletín UE 6-2007, I.37 <Anexo I>).

31

El mandato para la conferencia intergubernamental se diferenció de encargos anteriores por el hecho de que el Consejo Europeo

estableció la forma y el contenido del nuevo texto del Tratado casi en toda su extensión, en parte incluso de modo literal (cfr. la versión del Mandato revisada lingüísticamente en el Documento del Consejo 11218/07, Anexo). Para ello se basó en el Tratado constitucional, de cuyo contenido sustancial se transfirió tanto cuanto fue posible al nuevo Tratado de reforma. El 13 de Diciembre de 2007 se firmó este Tratado de Reforma como Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Lisboa).

32

3.a) El preámbulo del Tratado de Lisboa no toma como punto de partida el fallido Tratado constitucional, sino que sitúa el Tratado de Lisboa en línea directa con los Tratados de Ámsterdam y Niza. Repite el objetivo del Mandato de la Conferencia intergubernamental —el aumento de la eficacia y la legitimidad democrática de la Unión así como la mejora de la coherencia de su actuación—, pero sin poner ya el acento de modo particular en la coherencia de la acción exterior de la Unión. Mientras que todos los Tratados de reforma previos se dirigían a aumentar la eficacia y la coherencia de las Comunidades Europeas o de la Unión Europea, con el Tratado de Lisboa se persigue expresamente, por primera vez, el objetivo de aumentar la legitimidad democrática de la Unión (cfr. también Fischer, *Der Vertrag von Lissabon*, 2008, págs. 91 y ss.).

33

En contraste con el Tratado constitucional, el Tratado de Lisboa abandona claramente el concepto de Constitución, «que consistía en derogar todos los tratados vigentes y sustituirlos por un texto único denominado «Constitución», según el Mandato dado a la Conferencia intergubernamental» (Documento del Consejo, 11218/07, Anexo, número marginal 1). Los Tratados son simplemente modificados, y el esquema conceptual subyacente a los Tratados reformados refleja la renuncia al concepto de Constitución. Se descarta la terminología empleada habitualmente a nivel estatal. La

expresión «Constitución» no se utiliza (en contra, sin embargo, Pernice, «Der Vertrag von Lissabon - Das Ende des Verfassungsprozesses der EU?», *EuZW* 2008, pág. 65; Schiffauer, «Zum Verfassungszustand der Europäischen Union nach Unterzeichnung des Vertrags von Lissabon», *EuGRZ* 2008, págs. 1 y ss.), el «Ministro de asuntos exteriores» pasa a denominarse «Alto Representante para la política exterior y de seguridad «, y, asimismo, las categorías «Ley» y «Ley marco» no se mantienen, al contrario que la de «Decisión», con menor carga simbólica. El procedimiento de codecisión, por su parte, ve modificada su denominación por la de «procedimiento legislativo ordinario» y se distingue de un «procedimiento legislativo especial». Los instrumentos jurídicos aprobados en un procedimiento legislativo se denominan «actos legislativos». Se omite la mención a los símbolos de la Unión Europea: bandera, himno, divisa, moneda y Día de Europa. Sin embargo, 16 de los 25 Estados miembros, entre ellos la República Federal de Alemania, subrayan, en la Declaración número 52 relativa a los símbolos de la Unión Europea, aneja al Acta Final del Tratado de Lisboa, que esos símbolos seguirán siendo, «para ellos, los símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la Unión Europea y de su relación con ésta». La primacía del Derecho de la Unión y del Derecho comunitario no se establece como antes de modo explícito (sobre la Declaración referida a esta materia vid. más abajo A.I.3.i). Con independencia de ello, el Tratado de Lisboa traslada, sin embargo, elementos sustanciales del contenido del Tratado constitucional al actual sistema de Tratados y contiene, adicionalmente, disposiciones específicas limitadas a Estados miembros singulares (cfr. Mayer, «Die Rückkehr der Europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon», *ZaöRV* 2007, págs. 1141 y ss.; especialmente referido a las regulaciones sobre los parlamentos nacionales, Barrett, «'The king is dead, long live the king': The Recasting by the Treaty of Lisbon of the Provisions of the Constitutional Treaty Concerning National Parliaments», *E.L.Rev.* 2008, págs. 66 y ss.).

34

b) El Tratado de Lisboa abandona el «concepto de los tres pilares» de la Unión Europea, vigente hasta ese momento (Art. 1.3, frase 1 TUE). El Tratado de la Unión Europea mantiene su denominación (cfr. para una versión consolidada <TUE versión Lisboa> DOUE 2008. Núm. C 115/13); el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea cambia su denominación por la de Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (cfr. para una versión consolidada DOUE 2008 núm. C 115/47). La Unión Europea se coloca en el lugar de la Comunidad Europea, de la que es jurídicamente sucesora (art. 1 párrafo 3, frase 3 TUE versión Lisboa), y adquiere personalidad jurídica (Art. 47 TUE versión Lisboa). La Comunidad Europea de la Energía Atómica se separa de su antigua federación con la Unión Europea y – al margen de que exista una solidaridad[2] institucional con la Unión Europea – permanece como organización internacional independiente.

35

c) La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea descansa, según el Tratado de Lisboa, en dos pilares: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la versión revisada de 12 de diciembre de 2007 (DOUE Núm. C 303/1; BOF 2008 II págs. 1165 y ss.), cuyo valor jurídico se asimila al de los Tratados (art. 6.1, frase 1 TUE versión Lisboa) y adquiere así carácter jurídico vinculante; así como los derechos fundamentales de la Unión no escritos, que además actúan como principios jurídicos generales del Derecho de la Unión (art. 6.3 TUE versión Lisboa). Estos dos pilares de la protección europea de los derechos fundamentales se ven complementados por medio del art. 6.2 TUE versión Lisboa, que habilita y obliga a la Unión Europea a adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950 (BOF 2002 II pág. 1054).

[2] Podría traducirse también por «adhesión»

36

d) El Título II de la nueva versión del Tratado de la Unión Europea contiene «disposiciones sobre los principios democráticos». Conforme a ello, el funcionamiento de la Unión Europea se basa en la democracia representativa (art. 10.1 TUE versión Lisboa), que se completa mediante elementos de la democracia participativa, asociativa y directa, en especial una iniciativa ciudadana (art. 11 TUE versión Lisboa). El principio de la democracia representativa hace referencia a dos vías de legitimación: al Parlamento Europeo como representación «directa» de los ciudadanos de la Unión, así como a los Jefes de Estado y de Gobierno representados en el Consejo Europeo y a los miembros de los Gobiernos de los Estados miembros representados en el Consejo, «que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos» (art. 10.2 TUE versión Lisboa).

37

Los Parlamentos nacionales «contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión» (art. 12 TUE versión Lisboa). Los proyectos de actos legislativos de la Unión Europea se deben transmitir a los parlamentos nacionales ocho semanas antes de que se fijen en la agenda del consejo, (art. 4 del Protocolo núm. 1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea). En el marco del llamado sistema de alerta temprana previsto por el Protocolo número 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Protocolo de subsidiariedad), los parlamentos nacionales o las Cámaras de uno de esos parlamentos están autorizados para exponer, en el plazo de ocho semanas, en un dictamen razonado, por qué los proyectos analizados no se ajustan al principio de subsidiariedad (art. 6 del Protocolo de subsidiariedad). Sin embargo, los dictámenes razonados sólo obligan a volver a estudiar los proyectos si el número de dichos dictámenes representa una determinada cantidad total de votos atribuidos a los Parlamentos (art. 7, apartados 2 y 3 del Protocolo de subsidiariedad). Adicionalmente, los parlamentos nacionales o las Cámaras de dichos parlamentos

pueden interponer un recurso de nulidad, a través de su Estado miembro, con arreglo al artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, si aprecian que un acto legislativo es contrario al principio de subsidiariedad (art. 8 del Protocolo de subsidiariedad).

38

Más allá de ello, los parlamentos nacionales contribuyen al control político de la Europol y el Eurojust (art. 12 letra c TUE versión Lisboa; art. 88.2 (2), art. 85.1 (3) TFUE) y están habilitados en el llamado procedimiento-pasarela (*Brückenverfahren*[3]), un procedimiento de reforma del Tratado introducido genéricamente por el Tratado de Lisboa, para rechazar la reforma del Tratado propuesta por la Comisión, en el plazo de seis meses después de su comunicación, (art. 48.7 (3) TUE versión Lisboa; art. 81.3 (3) TFUE). El rechazo por parte de un parlamento nacional es suficiente para que se frustre la reforma del Tratado propuesta.

---

[3] N. del T.: Previsto en el art. 48.7 del TUE: «Cuando el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o el título V del presente Tratado dispongan que el Consejo se pronuncie por unanimidad en un ámbito o en un caso determinado, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que autorice al Consejo a pronunciarse por mayoría cualificada en dicho ámbito o en dicho caso. El presente párrafo no se aplicará a las decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa.

Cuando el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea disponga que el Consejo adopte actos legislativos con arreglo a un procedimiento legislativo especial, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que autorice a adoptar dichos actos con arreglo al procedimiento legislativo ordinario.

Cualquier iniciativa tomada por el Consejo Europeo en virtud de los párrafos primero o segundo se transmitirá a los Parlamentos nacionales. En caso de oposición de un Parlamento nacional notificada en un plazo de seis meses a partir de esta transmisión, no se adoptará la decisión contemplada en los párrafos primero o segundo. A falta de oposición, el Consejo Europeo podrá adoptar la citada decisión.

Para la adopción de las decisiones contempladas en los párrafos primero o segundo, el Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo, que se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen».

39
e) Por medio del Tratado de Lisboa se reforman también las instituciones y los procedimientos.

40
aa) Continúan incrementándose las competencias legislativas del Parlamento Europeo. Se simplifica el procedimiento de la codecisión, en el cual el Parlamento tiene competencias similares a las del Consejo, cambia su nombre por el de «procedimiento legislativo ordinario», y se ve por regla general clarificado (art. 14.1, frase 1 TUE versión Lisboa; art. 289.1 TFUE). Se suprime el procedimiento de cooperación. Los procedimientos de audiencia y de aprobación se subsumen bajo el concepto «procedimiento legislativo especial» y sólo encuentran aplicación todavía en determinados casos previstos en el Tratado (art. 289.2 TFUE). El papel más determinante del Parlamento Europeo en el proceso legislativo repercute también a la hora de la conclusión de los Tratados internacionales por parte de la Unión Europea. Sólo le está permitido al Consejo adoptar la Decisión de celebrar un Tratado internacional previa aprobación del Parlamento Europeo cuando dicho Tratado se refiere a ámbitos a los que se aplique el procedimiento legislativo ordinario o, si se requiere la aprobación del Parlamento Europeo, el procedimiento legislativo especial (art. 218.6 (2), letra a, número V TFUE).

41
Además, el Parlamento Europeo decide conjuntamente con el Consejo sobre el proyecto de Presupuestos (art. 14. 1, frase 1 TUE versión Lisboa; art. 314 TFUE) y dispone de derechos de control político. Elige al Presidente de la Comisión según la propuesta del Consejo Europeo por la mayoría de sus miembros (art. 14.1, frase 3, art. 17.7 TUE- Lisboa). La propuesta debe tener en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo (art. 17.7 (1), frase 1 TUE versión Lisboa). Si el candidato propuesto no recibe la mayoría necesaria, el Consejo Europeo debe proponer en el plazo

de un mes un nuevo candidato al Parlamento Europeo (art. 17.7 (1), frase 3 TUE versión Lisboa). El Parlamento Europeo continúa controlando —de igual modo que los parlamentos nacionales— las actividades de la Europol y participa en la evaluación de la actividad del Eurojust (art. 88.2 (2), art. 85.1 (2) TFUE).

42

El Tratado de Lisboa modifica la composición del Parlamento Europeo, que es elegido «por sufragio universal directo, libre y secreto» (art. 14.3 TUE versión Lisboa). Ya no está formado por representantes «de los pueblos de los Estados miembros de la Comunidad» (art. 189.1 TCE), sino de los «ciudadanos y ciudadanas de la Unión» (art. 14.2 (1), frase 1 TUE versión Lisboa). Junto a ello, deberá fijarse por primera vez mediante derecho derivado el reparto de escaños por Estados en el Parlamento Europeo (art. 14.2 (2) TUE versión Lisboa). Según el procedimiento establecido, el Consejo Europeo adoptará por unanimidad, a iniciativa del Parlamento Europeo y con su aprobación, una decisión por la que se fije la composición del Parlamento Europeo. Ésta debe ser conforme con los principios contenidos en el art. 14.2 (1), frases 2 a 4 TUE versión Lisboa, esto es, no exceder el número total de diputados de 750, «más el Presidente», es decir 751, a cuyo efecto la representación de los ciudadanos será decrecientemente proporcional, con un mínimo de seis diputados por Estado miembro, y a ningún Estado miembro pueden corresponder más de noventa y seis escaños.

43

bb) El Consejo Europeo se ha revalorizado por el Tratado de Lisboa como órgano de una Unión Europea ahora uniforme y dotada de personalidad jurídica (art. 13.1 (2) TUE versión Lisboa). Por consiguiente las actuaciones del Consejo Europeo están sometidas a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque solamente en la medida en que el Consejo Europeo ejerza competencias con efectos legales frente a terceros (art. 263.1, art. 265.1 TFUE), y en el ámbito de la política exterior y de seguridad común,

por lo que el Tribunal de Justicia es competente de modo excepcional (art. 275.2 TFUE).

44
Además de todo ello, el Tratado de Lisboa crea el cargo (permanente) del Presidente del Consejo Europeo. Es elegido por el Consejo Europeo por mayoría cualificada para dos años y medio (art. 15.5 TUE versión Lisboa). El Presidente del Consejo Europeo asume los trabajos correspondientes a la preparación y dirección de las reuniones del Consejo Europeo, incluyendo la tarea de impulsarlos, así como la representación externa de la Unión Europea en los asuntos de la política exterior y de seguridad común «en su rango y condición» y «sin perjuicio» de las atribuciones del Alto Representante de la Unión para la Política exterior y de Seguridad (art. 15.6 (1 y 2) TUE versión Lisboa). El cargo de Presidente del Consejo Europeo es compatible con otros mandatos europeos, pero no con mandatos nacionales (art. 15.6 (3) TUE versión Lisboa).

45
cc) El Tratado de Lisboa, además, define como regla la aprobación por medio de mayoría cualificada en el Consejo (art. 16.3 TUE versión Lisboa), de igual modo que el procedimiento legislativo ordinario (art. 16.1 TUE versión Lisboa; art. 289.1 TFUE), en el cual el Consejo decide también en principio con mayoría cualificada (art. 294, apartados 8 y 13 TFUE). El sistema anterior de voto ponderado debería sustituirse a largo plazo por el sistema de «doble mayoría», según el cual para una mayoría cualificada se exigiría básicamente una «doble mayoría» del 55% de los Estados miembros y el 65% de la población de la Unión Europea (art. 16.4 TUE versión Lisboa; art. 3 del Protocolo número 36 sobre las Disposiciones Transitorias). Si el Consejo no actúa a propuesta de la Comisión o del Alto Representante para la Política exterior y de Seguridad, a largo plazo sería necesaria para una mayoría cualificada una «doble mayoría» de 72% de los Estados miembros y 65% de la población de la Unión Europea (art. 238.2 TFUE; art. 3 del Protocolo núme-

ro 36 sobre las Disposiciones Transitorias). Se establecen restricciones por medio del llamado «mecanismo Ioannina» (Declaración número 7 relativa al apartado 4 del artículo 16 del Tratado de la Unión Europea y al apartado 2 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Las deliberaciones y votaciones sobre proyectos de actos legislativos en el Consejo son por primera vez públicas (art. 16.8 TUE versión Lisboa).

46

dd) La Comisión estaría compuesta, a partir del 1 de noviembre de 2014, por un número de Comisarios correspondiente a los dos tercios del número de Estados miembros, a menos que el Consejo Europeo decida por unanimidad modificar dicho número (art. 17.5 TUE versión Lisboa, cfr. también art. 244 TFUE). Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa podría sin embargo adoptarse una Decisión «de conformidad con los procedimientos jurídicos necesarios», con el fin de que siga perteneciendo a la Comisión un nacional de cada Estado miembro (cfr. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 11 y 12 de diciembre de 2008, Boletín UE 12-2008, I.4, número marginal 2).

47

Además el Tratado de Lisboa disciplina de nuevo la legislación sustantiva ejecutiva producida por la Comisión y lo hace por medio de una forma jurídica propia, denominada «actos jurídicos no legislativos» (cfr. hasta ahora el art. 202, guión 3, frase 1, art. 211, guión 4 TCE). En actos legislativos puede delegarse en la Comisión la competencia para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo (art. 290.1 (1) TFUE). Los objetivos, el contenido, el alcance y la duración de la delegación de competencias (art. 290.1 (2) TFUE), así como las condiciones bajo las que tendrá lugar la delegación (art. 290.2 (1) TFUE) deben delimitarse expresamente en el acto legislativo. Estos denominados actos jurídicos delegados (art. 290.3 TFUE) deben distinguirse de los actos

jurídicos de ejecución. Cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, éstos podrían conferir competencias de ejecución a la Comisión o, excepcionalmente, al Consejo (art. 291.2 TFUE). Las medidas adoptadas con fundamento en la competencia de ejecución conferida se denominan actos jurídicos de ejecución (art. 291.4 TFUE).

48

ee) El nuevo cargo de «Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad» introducido por el Tratado de Lisboa, agrupa diversos departamentos, que son actualmente responsables de las relaciones exteriores de la Unión Europea y la Comunidad Europea (art. 18, apartados 2 a 4 TUE versión Lisboa). El Alto Representante «dirige» la política exterior y de seguridad común, incluyendo la política común de seguridad y defensa (art. 18.2, frase 1 y frase 3 TUE versión Lisboa). Esto significa que le corresponde un derecho de propuesta ante el Consejo y que ejecutará «como mandatario del Consejo» la política exterior y de seguridad común (art. 18.2, frase 2, art. 27.1 TUE versión Lisboa). El Alto Representante será nombrado por acuerdo del Consejo Europeo, que decidirá por mayoría cualificada, con la aprobación del Presidente de la Comisión (art. 17.1, frase 1 TUE versión Lisboa). Además, en cuanto que Vicepresidente de la Comisión, está sometido al voto de aprobación del Parlamento Europeo (art. 17.4, frase 1 y apartado 7 (3) TUE versión Lisboa). La duración de su mandato no está regulada (cfr. sin embargo art. 18.1, frase 2, art. 17.8, frase 3 TUE versión Lisboa)

49

Para el «ejercicio de su mandato» el Alto Representante se apoya en un servicio europeo de Acción Exterior, que trabaja en colaboración con los servicios diplomáticos de los Estados miembros y estará compuesto por funcionarios de los servicios competentes de la Secretaría General del Consejo y de la Comisión y por personal en comisión de servicios de los servicios diplomáticos nacionales (art.

27.3, frases 1 y 2 TUE versión Lisboa). Otros detalles, especialmente el modo de organización y el funcionamiento del servicio europeo de Acción Exterior se establecerán mediante decisión del Consejo (art. 27.3, frase 3 TUE versión Lisboa, cfr. también Boletín Oficial del Parlamento Federal 16/9316).

50

ff) El Tratado de Lisboa continúa asimismo desarrollando las disposiciones sobre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que cambia su denominación por la de Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el ámbito de la política exterior y de seguridad común, el Tribunal de Justicia en principio no es competente. Se aplican excepciones a esta regla para el control del respeto al art. 40 TUE versión Lisboa y para los recursos de nulidad en relación con el control de legalidad de las decisiones por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas naturales o jurídicas (art. 24.1 (2), frase 5 TUE versión Lisboa; art. 275 TFUE). Por el contrario, en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tribunal de Justicia es sustancialente competente. Las excepciones, en este caso, afectan al examen de la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, o al ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior (art. 276 TFUE). Además, el Tratado de Lisboa modifica las clases de recursos, particularmente el recurso de nulidad.

51

f) El Tratado de Lisboa prevé básicamente tres procedimientos por medio de los cuales el Tratado puede ser modificado: el procedimiento de reforma ordinario (art. 48, apartados 2 a 5 TUE versión Lisboa), el procedimiento de reforma simplificado (art. 48.6 TUE versión Lisboa) y el llamado procedimiento-pasarela (art. 48.7 TUE versión Lisboa). Las modificaciones llevadas a cabo a través del

procedimiento ordinario de reforma, que podrían tener como finalidad la de aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión (art. 48.2, frase 2 TUE versión Lisboa), serán acordadas, como hasta ahora, mediante una Conferencia de Gobiernos de los Estados miembros —eventualmente después de la puesta en marcha de una Convención compuesta por representantes de los Parlamentos nacionales, de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión— (art. 48.3 TUE versión Lisboa). Éstas entran en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (art. 48.4 (2) TU-Lisboa).

52

Las reformas mediante el procedimiento simplificado presuponen una decisión unánime del Consejo Europeo, que entrará en vigor «una vez que haya sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales» (art. 48.6 (2), frase 3 TUE versión Lisboa; cfr. para la situación que se daba hasta ahora en los Tratados art. 17.1 (1), art. 42 TUE; art. 22.2, art. 190.4, art. 229a, art. 269.2 TCE). El ámbito de aplicación del procedimiento simplificado de reforma está limitado a las modificaciones de la parte III del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea relativas a las políticas y acciones internas de la Unión (art. 48.6 (1) TUE versión Lisboa). Las modificaciones no deben conducir a una ampliación de las competencias de la Unión Europea (art. 48.6 (3) TUE versión Lisboa). Los Tratados contienen en su desarrollo posterior mediante el Tratado de Lisboa otras disposiciones, que se remiten al art. 48.6 TUE versión Lisboa, pero cada una limitada a un determinado ámbito material, y que se amplían escasamente mediante el Tratado de Lisboa (ver art. 42.2 (1) TUE versión Lisboa —introducción de una defensa común; art. 25.2 TFUE —Ampliación de los derechos de los ciudadanos de la Unión; art. 218.8 (2), frase 2 TFUE —Adhesión de la Unión al CEDH; art. 223.1 (2) TFUE —introducción de un proceso electoral

uniforme para el Parlamento Europeo; art. 262 TFUE —competencia de la Unión Europea para la creación de un título europeo de propiedad intelectual o industrial; art. 311.3 TFUE —establecimiento de los medios propios de la Unión Europea).

53

Las modificaciones mediante el procedimiento-pasarela general dependen asimismo de una decisión unánime del Consejo Europeo, que sólo puede adoptarse después de la aprobación por parte del Parlamento Europeo (art. 48.7 (4) TUE versión Lisboa). Esto presupone además que la propuesta no haya sido rechazada por un Parlamento nacional en el plazo de seis meses (art. 48.7 (3) TUE versión Lisboa). De modo diverso a los procedimientos de reforma ordinario y simplificado, el procedimiento-pasarela general se refiere puntualmente a la votación en el Consejo o al procedimiento legislativo relativo a las modificaciones dispuestas. En los casos en los que, conforme a lo previsto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o el título V del Tratado de la Unión Europea, el Consejo se pronuncie por unanimidad en un ámbito o en un caso determinado, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que autorice al Consejo a pronunciarse por mayoría cualificada en dicho ámbito o en dicho caso (art. 48.7 (1), frase 1 TUE versión Lisboa). Se exceptúan las decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa (art. 48.7 (1), frase 2 TUE versión Lisboa). El Consejo Europeo puede además decidir que puedan adoptarse actos legislativos con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, aunque en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se hubiera previsto que se adoptasen con arreglo a un procedimiento legislativo especial (art. 48.7 (2) TUE versión Lisboa; cfr. ahora el art 67.2; art. 137.2 (2), frase 2; art. 175.2 (1) TCE). Las dos aternativas del procedimiento-pasarela general no son aplicables al art. 311, apartados 3 y 4, art. 312.2 (1), art. 352 y art. 354 TFUE (cfr. art. 353 TFUE). El procedimiento-pasarela general se completa mediante cláusulas pasarela especiales (cfr. art. 31.3 TUE versión Lisboa- decisiones sobre la política exterior y de segu-

ridad común en casos diferentes a los citados en el art. 31.2 TUE versión Lisboa; art. 81.3 (2 y 3) TFUE- medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza; art. 153.2 (4) TFUE —medidas en determinados ámbitos del Derecho del Trabajo; art. 192.2 (2) TFUE —medidas en el ámbito de la política mediambiental; art. 312.2 (2) TFUE —determinación del marco financiero plurianual; art. 333, apartados 1 y 2 TFUE —procedimientos de aprobación en el marco de una cooperación reforzada según los art. 326 y ss. TFUE). Solamente en el caso de las medidas sobre Derecho de Familia con repercusión transfronteriza está previsto un derecho de rechazo de los Parlamentos nacionales como el regulado en el art. 48.7 (3) TUE versión Lisboa (art. 81.3 (3) TFUE).

54

g) El art. 50 TUE versión Lisboa incorpora un derecho a revocar la vinculación por parte de cada Estado miembro de la Unión Europea.

55

h) El Tratado de Lisboa persigue el objetivo de hacer más transparente la distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros (cfr. Declaración de Laeken de 15 de diciembre de 2001 sobre el futuro de la Unión Europea, Boletín UE 12-2001. I.27 <Anexo I>), y ampliar las competencias de la Unión Europea.

56

aa) El Tratado sanciona los principios de distribución y ejercicio de competencias de la Unión Europea, especialmente el principio de atribución de competencias singular y restringida (art. 5.1, frase 1 y apartado 2, frase 1 TUE versión Lisboa; cfr. también art. 1.1, art. 3.6, art. 4.1, art. 48.6 (3) TUE versión Lisboa; art. 2, apartados 1 y 2, art. 4.1, art. 7, art. 19, art. 32, art. 130, art. 132.1, art. 207.6, art. 337 TFUE; Declaración número 18 relativa a la

delimitación de competencias; Declaración núm. 24 sobre la personalidad jurídica de la Unión Europea), así como los principios de subsidiariedad (art. 5.1, frases 2 y 3 TUE versión Lisboa) y de proporcionalidad (art. 5.1, frases 2 y 4 TUE versión Lisboa). Estos últimos vienen complementados jurídico-procedimentalmente por medio del Protocolo de subsidiariedad.

57

La Unión Europea se obliga, además, a respetar junto a la identidad nacional de los Estados miembros, «inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional», la «igualdad de los Estados miembros ante los Tratados» y «las funciones esenciales del Estado» (art. 4.2, frases 1 y 2, TUE versión Lisboa). Se citan a modo de ejemplo las que tienen por objeto «garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional».

58

bb) Las competencias de la Unión Europea se categorizan y clasifican por primera vez mediante el Tratado de Lisboa. En el art. 2 TFUE se formulan en primer lugar diversas categorías de competencias. Según la intensidad de la acción europea y sus repercusiones para el nivel de los Estados miembros se distingue fundamentalmente entre competencias exclusivas (apartado 1), competencias compartidas, que corresponden a la anterior categoría de competencias concurrentes (apartado 2) y acciones de apoyo, coordinación o complemento (apartado 5). Más allá de esa triada competencial, el artículo 2 TFUE establece dos ámbitos que se refieren a una de estas categorías competenciales. La coordinación de las políticas económicas y de empleo (apartado 3) y la política exterior y de seguridad común (apartado 4) se someten a una regulación específica. En los arts. 3 y ss. del TFUE se asignan diversos ámbitos singulares a distintas categorías competenciales, aunque no en el sentido de un catálogo de competencias definitivo.

59

cc) El Tratado de Lisboa fundamenta otras competencias añadidas de la Unión Europea, amplía el contenido de las competencias ya existentes y los ámbitos materiales supranacionales, hasta ahora sometidos a la cooperación intergubernamental.

60

(1) En el antiguo «Primer pilar» fundamenta el Tratado de Lisboa nuevas competencias de la Unión Europea para política de vecindad (art. 8 TUE versión Lisboa), Procura existencial[4] (art. 14 TFUE), Energía (art. 194 TFUE), Turismo (art. 195 TFUE), Protección civil frente a catástrofes (art. 196 TFUE) y cooperación administrativa (art. 197 TFUE). Además amplía en cuanto al contenido las competencias actuales de la Unión Europea, que son tomadas por el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea desde el Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas. Esto afecta especialmente a las regulaciones sobre la política comercial común, que se extiende al contenido de la competencia sobre inversiones extranjeras directas y a la naturaleza de la competencia sobre el comercio relativo a intercambio de servicios y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual (art. 207.1, frase 1, en conexión con el art. 3.1, letra e TFUE). La cláusula de flexibilidad se desprende de la limitación al ámbito del mercado común (cfr. sin embargo art. 352, apartados 3 y 4 TFUE): su ejercicio se somete por primera vez a la aprobación del Parlamento Europeo (art. 352.1 TFUE).

61

(2) La Política exterior y de seguridad común, hasta ahora el «Segundo pilar», se regula en el Título V del Tratado de la Unión Europea (ver también art. 40 TUE versión Lisboa; art. 2.4 TFUE). A ello se destinan reglas y procedimientos específicos (art. 24.1 (2) TUE versión Lisboa), los cuales «no afectarán a las bases jurídicas,

[4] Servicios de interés económico general (en la traducción española).

responsabilidades y competencias existentes de cada Estado miembro en relación con la formulación y conducción de su política exterior» (Declaración número 14 relativa a la política exterior y de seguridad común). Las decisiones se adoptan por el Consejo Europeo y por el Consejo generalmente por unanimidad (art. 31.1 TUE versión Lisboa). El Consejo Europeo puede, no obstante, por medio de la cláusula-pasarela especial del art. 31.3 TUE versión Lisboa, adoptar una decisión por unanimidad en la que se prevea que el Consejo, en casos diferentes a los enumerados en el art. 31.2 TUE versión Lisboa pueda adoptar decisiones por mayoría cualificada. Constituyen una excepción las decisiones con repercusiones en el ámbito de la política militar o de defensa (art. 31.4 TUE versión Lisboa). Queda excluida la adopción de actos legislativos (art. 24.1 (2), frase 2; art. 31.1 (1), frase 2 TUE versión Lisboa). El Parlamento Europeo será consultado e informado sobre los aspectos principales, y deben ser atendidas con la debida consideración sus observaciones (art. 36 TUE versión Lisboa).

62

La política común de seguridad y defensa ya recogida en el art. 17 TUE viene reforzada de modo expreso en el Tratado de Lisboa, considerándola parte integral de la política exterior y de seguridad común (art. 42 a 46 TUE versión Lisboa). Se habilita al Consejo para tomar decisiones sobre misiones «en las que la Unión podrá recurrir a medios civiles y militares» (art. 43.2 TUE versión Lisboa). Además se introduce una obligación de apoyo por parte de los Estados miembros. En caso de una agresión armada al territorio soberano de un Estado miembro «los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas» (art. 42.7 (1), frase 1 TUE versión Lisboa). No queda con ello afectado el carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros (art. 42.7 (1), frase 2 TUE versión Lisboa). A la flexibilización de la política de defensa y seguridad común contribuirá una cooperación estructurada permanente

de los Estados miembros, regulada por primera vez en el Tratado de Lisboa (art. 42.6, art. 46 TUE versión Lisboa; Protocolo número 10 sobre la cooperación estructurada permanente).

63

(3) El ámbito de cooperación policial y de Justicia en materia penal, el único que había permanecido en el antiguamente denominado «Tercer pilar» según los Tratados de Ámsterdam y Niza, se transfiere mediante el Tratado de Lisboa al ámbito de aplicación del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. El Título V del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, bajo la rúbrica «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» abarca ahora el ámbito completo de Justicia e Interior, que tras el Tratado de Maastricht todavía estaba sometido totalmente a la cooperación intergubernamental.

64

(a) El Tratado de Lisboa amplía las competencias en los singulares terrenos políticos del Título V del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

65

(aa) En el marco de la cooperación judicial en materia penal, el Tratado de Lisboa habilita para establecer, por medio de Directivas, normas mínimas en el ámbito del Derecho procesal penal, «en la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza» (art. 82.2 (1) TFUE). Estas normas pueden referirse a la admisibilidad de medios de prueba «sobre la base de la reciprocidad»[5], los derechos «de las personas» durante el procedimiento penal, los derechos de las víctimas de los delitos, así como otros

[5] La traducción española del Tratado lo expresa así: «la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros».

elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión unánime, previa aprobación del Parlamento Europeo (art. 82.2 (2) TFUE).

66

Además, el Tratado de Lisboa incrementa el contenido de las actuales competencias de la Unión Europea para la armonización jurídica en el ámbito del Derecho Penal (cfr. art. 31.1, letra e) TUE). La Unión Europea se ve habilitada para establecer, mediante Directivas, «normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad», y que «tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes» (art. 83.1 (1) TFUE). La enumeración de esos ámbitos de criminalidad, que comprende desde el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago y la delincuencia informática, hasta la delincuencia organizada, no es cerrada. Puede ser ampliada «teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia», por medio de una decisión unánime del Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo (art. 83.1 (3) TFUE). Más allá de esta competencia para la armonización en Derecho Penal, el Tratado de Lisboa introduce una competencia añadida de la Unión Europea en materia penal para todos los ámbitos en los que «se requieran medidas de armonización», en la medida en se evidencie que «la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión» en esos ámbitos (art. 83.2, frase 1 TFUE).

67

Finalmente el Tratado de Lisboa posibilita la ampliación de las funciones de Eurojust, una Agencia de la Unión Europea dotada de

capacidad jurídica, para la coordinación de los Servicios Jurídicos estatales nacionales en supuestos de criminalidad grave con repercusiones transfronterizas (cfr. Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002 por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, DOUE núm. L 63/1). Puede transferirse a Eurojust, mediante procedimiento legislativo ordinario, en especial la tarea de iniciar y coordinar diligencias de investigación penal (art. 85.1 (2), letra a TFUE), para lo cual se mantienen reservados a los funcionarios nacionales competentes los actos formales de carácter procesal (art. 85.2 TFUE). Partiendo de Eurojust puede crearse además, mediante decisión unánime del Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo, una Fiscalía Europea para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión Europea (art. 86.1 (1) TFUE). La Fiscalía sería en esos supuestos competente para la investigación y persecución penal, hasta llegar a ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones (art. 86.2 TFUE).

68

(bb) En el marco de la cooperación policial, puede transferirse a Europol, como autoridad policial europea con competencias transfronterizas, no solamente la tarea de recoger, almacenar, tratar, analizar e intercambiar informaciones (cfr. ya el art. 3.1 del Convenio de 26 de julio de 1995 por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol), DOUE núm. C 316/2), sino también la facultad de coordinar, organizar y realizar investigaciones y actividades operativas, llevadas a cabo conjuntamente con las autoridades competentes de los Estados miembros o en el marco de equipos conjuntos de investigación (art. 88.2 TFUE). Europol sólo podrá llevar a cabo dichas actividades operativas en contacto y de acuerdo con las autoridades de los Estados miembros cuyo territorio resulte afectado (art. 88.3, frase 1 TFUE). La aplicación de medidas coercitivas permanece como competencia exclusiva de las autoridades nacionales competentes (art. 88.3, frase 2 TFUE).

69
(b) Una serie de normas procesales especiales rigen el ejercicio de las competencias. En determinados campos políticos debe darse la unanimidad en la adopción de decisiones por parte del Consejo (cfr. art. 77.3; art. 81.3 (1); art. 86.1 (1); art. 87, apartado3 (1); art. 89 TFUE).

70
(aa) En el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, el Consejo, a propuesta de la Comisión, y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar por unanimidad una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario (art. 81.3 (2) TFUE). Una propuesta así se comunicará a los Parlamentos nacionales, que pueden rechazar la propuesta en el plazo de seis meses (art. 81.3 (3) TFUE).

71
(bb) En los ámbitos de cooperación judicial en materia penal y de cooperación policial tienen facultad de iniciativa, junto a la Comisión, una cuarta parte de los Estados miembros (art. 76, letra b TFUE). Para ello se vincula el ejercicio de competencias singulares de la Unión Europea al llamado «mecanismo de freno de urgencia» (art. 82.3, art. 83.3, art. 86.1 (2 y 3); art. 87.3, (2 y 3) TFUE; cfr. ahora art. 23.2 (2) TUE). En este sentido, un miembro del Consejo que considere que un proyecto de directiva para la armonización jurídica en el ámbito de Derecho penal o procesal afecta a «aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal», podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo (art. 82.3 (1); art. 83.3 (1) TFUE). En el caso de que haya consenso en el seno de ese órgano, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de la suspensión del procedimiento legislativo ordinario, devolverá el proyecto al Consejo. Si no se lograse un consenso, se exigirían condiciones menos rígidas para autorizar una cooperación reforza-

da. En la medida en que sean al menos nueve los Estados miembros que quieran fundamentar una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva, tras la correspondiente comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (art. 20.2 TUE versión Lisboa; art. 329 TFUE), se considerará concedida dicha autorización (art. 82.3 (2); art. 83.3 (2) TFUE). Se prevé un «mecanismo de freno de urgencia» ligeramente modificado con relación a la creación de la Fiscalía Europea y la adopción de medidas que afecten a la cooperación operativa entre autoridades nacionales policiales, aduaneras y otras autoridades de investigación de infracciones penales. Conforme a ello, un grupo de al menos nueve Estados miembros podrá solicitar que se ocupe el Consejo Europeo de adoptar un acto legislativo, siempre que no se haya alcanzado la unanimidad en el Consejo (art. 86.1 (2), frase 2; art. 87.3 (2), frase 1 TFUE).

72

i) La Declaración número 17, relativa a la primacía, aneja al Acta Final del Tratado de Lisboa, establece:

73

La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia.

74

Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260):

75

«Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007

76

Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64(□) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia.

77

«(...) se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad.»»

78

4. El Bundestag alemán aprobó el 24 de abril de 2008, con 515 de 574 votos emitidos, la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa (Diario de Sesiones del Bundestag 16/157, pág. 16483 A). El Bundesrat aprobó el 23 de mayo de 2008 dicha Ley por mayoría de dos tercios (Diario de Sesiones del Bundesrat 844, pág. 136 B). El Presidente federal sancionó la Ley el 8 de octubre de 2008. Fue publicada en el Boletín Oficial Federal, parte II, de 14 de octubre de 2008 (pag. 1038 y ss.) y entró por ello en vigor al día siguiente (art. 2. 1 de la Ley).

79

5. El Bundestag alemán aprobó el 24 de abril de 2008 además de la legislación de acompañamiento, la Ley para la Reforma de la

Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) (Ley de reforma- Diario de Sesiones del Bundestag 16/157, pág. 16477 A), así como la Ley por la que se amplían y fortalecen los derechos del Bundestag y el Bundesrat en materias de la Unión Europea (*Ausweitunggesetz*- Diario de Sesiones del Bundestag 16/157, pág. 16482 D). El Bundesrat aprobó ambas leyes el 23 de mayo de 2008 (Diario de Sesiones del Bundesrat 844, pág. 136 D).

80

a) La Ley para la reforma de la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) de 8 de octubre de 2008 fue publicada en el Boletín Oficial Federal I de 16 de octubre de 2008 (pág. 1926) y entra en vigor el día en el que el Tratado de Lisboa, según su art. 6.2, entre en vigor para la República Federal alemana (art. 2 de la Ley de reforma).

81

El art. 23.1ª de la Ley Fundamental (nueva versión) tiene conforme al art. 1, núm. 1, de la Ley de reforma, el siguiente tenor literal:

82

El Bundestag y el Bundesrat tienen el derecho a elevar un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en caso de violación, por parte de un acto legislativo de la Unión Europea, del principio de subsidiariedad. El Bundestag está obligado a ello a petición de una cuarta parte de sus miembros. Mediante ley, que requiere el acuerdo del Bundesrat, pueden autorizarse excepciones del art. 42.2, frase 1 y del artículo 52.3, frase 1, para el ejercicio de los derechos concedidos al Bundestag y al Budesrat en los tratados constitutivos de la Unión Europea.

83

El art. 45 de la LFB se completará con la siguiente frase (art. 1, núm. 2 de la Ley de reforma):

84

Podrá también autorizarla a ejercer los derechos que se conceden al Bundestag en los tratados constitutivos de la Unión Europea.

85

En el art. 93.1, núm. 2, de la LFB, se sustituirán las palabras «un tercio» por las palabras «un cuarto» (art. 1, núm. 3 de la Ley de reforma).

86

b) La Ley por la que se amplían y fortalecen los derechos del Bundestag y el Bundesrat en materias de la Unión Europea (Boletín Oficial del Parlamento Federal 16/8489) no ha sido todavía sancionada ni publicada, porque presupone la modificación del contenido de los artículos 23 y 45 de la LFB y debe esperarse ante todo a la entrada en vigor de la Ley que contiene modificaciones constitucionales (cfr. BVerfGE 34, 9, págs.. 22 y ss.; 42, 263, págs.. 283 y ss.). Entrará en vigor el día después de la publicación, no antes sin embargo de que haya transcurrido un día desde el momento en el cual la Ley de reforma constitucional haya entrado en vigor (art. 3 de la Ley de ampliación).

87

El art. 1 de la Ley de ampliación contiene la Ley sobre el ejercicio de los derechos del Bundestag y el Bundesrat derivados del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado sobre la Fundación de la Comunidad Europea. Deben establecerse las previsiones internas para el ejercicio de los derechos de participación, que se conceden por medio del Tratado de Lisboa al Bundestag y, en la medida en que puede considerarse como una cámara del Parlamento nacional, al Bundesrat (Boletín Oficial del Parlamento Federal, 16/8489, pág. 7). Ello se refiere al derecho de presentar un dictamen motivado, conforme al artículo 6 del Protocolo de Subsidiariedad («alerta de subsidiariedad»), al derecho a elevar, a través del Go-

bierno, recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo de la Unión Europea, según el art. 8 del Protocolo de subsidiariedad («recurso de subsidiariedad») (art. 1 § 3 de la Ley de ampliación) y al derecho a rechazar un proyecto de acto legislativo de la Unión Europea según el artículo 48.7 (3) TUE versión Lisboa y art. 81.3 (3) TFUE (art. 1 § 4 de la Ley de ampliación).

88

El art. 1 § 2 de la Ley de ampliación dispone, en el apartado 1, sustancialmente, que el Gobierno Federal transmita al Bundestag y Bundesrat una información completa sobre los proyectos de actos legislativos de la Unión Europea «lo antes posible», como muy tarde dos semanas tras el comienzo del plazo de ocho semanas. El apartado 2 autoriza al Bundestag y Bundesrat a regular en su reglamento jurídico interno el proceso de toma de decisiones referido a la alerta de subsidiariedad. El apartado 3 determina que el Presidente del Bundestag y el del Bundesrat, respectivamente, comuniquen tal decisión al Presidente del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, informando de ello al Gobierno Federal.

89

El art. 1 § 3 de la Ley de ampliación regula el procedimiento del recurso de subsidiariedad. El Bundestag está obligado a la presentación del recurso a petición de un cuarto de sus miembros, especialmente conforme al apartado 2 en relación con el art. 44.1, frase 1 y art. 93.1, núm. 2 LFB (nueva versión); el Bundesrat puede, conforme al apartado 3, regular en su Reglamento interno cómo se debe desarrollar el procedimiento para la presentación de un recurso de subsidiariedad. El Gobierno Federal transmite el recurso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en nombre del órgano que haya decidido su presentación, «inmediatamente», conforme al apartado 4.

90
El art. 1 § 4 de la Ley de ampliación regula en el apartado 3 la cooperación del Bundestag y el Bundesrat para el ejercicio del derecho de rechazo, conforme al art. 48.7 (3) TUE versión Lisboa, respetando el reparto de tareas estatal interno:

91
1. Si en una iniciativa se afectan como aspecto esencial las competencias legislativas exclusivas de la federación, será rechazada la iniciativa, si el Bundestag lo decide con una mayoría de los votos emitidos.

92
2. Si en una iniciativa se afectan como aspecto esencial las competencias legislativas exclusivas de los Estados federados, será rechazada la iniciativa, si el Bundesrat lo decide con la mayoría de sus votos.

93
3. En el resto de los casos el Bundestag o el Bundesrat puede decidir el rechazo de la iniciativa en el plazo de cuatro meses después de la transmisión de la iniciativa por parte del Consejo Europeo. En estos casos la iniciativa se rechaza solamente si tal resolución recibe respectivamente la oposición del otro órgano no más tarde de dos semanas antes de que transcurra el plazo de 6 meses, conforme al artículo 48.7 (3), frase 2 del Tratado sobre la Unión Europea. Una iniciativa no será tampoco rechazada, cuando un órgano rechaza la decisión del otro órgano en ese plazo, en la medida en que se interprete que no se trata de un caso de los previstos en el número 1 o el número 2. Si el Bundestag ha tomado la decisión del rechazo de la iniciativa con una mayoría de dos tercios, la oposición del Bundesrat debe ser apoyada por una mayoría de dos tercios de sus votos. Si el Bundesrat ha tomado la decisión sobre el rechazo de la iniciativa con una mayoría del al menos dos tercios, la oposición del Bundestag debe ser apoyada por una mayoría de

dos tercios, que represente al menos la mayoría de los miembros del Bundestag.

94

El apartado 2, frase 1, núm. 3 rige, según el apartado 6 en lo relativo al ejercicio del derecho de rechazo conforme al art. 81.3 (3) TFUE. El apartado 4 determina que los Presidentes del Bundestag y el Bundesrat conjuntamente comunicarán una Decisión tomada conforme al apartado 3 al Presidente del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, y lo pondrán en conocimiento del Gobierno Federal.

95

El art. 1 § 5 de la Ley de ampliación habilita al Pleno del Bundestag, para que autorice a la Comisión para Asuntos de la Unión Europea por él nombrada conforme al art. 45 LFB, a que asuma los derechos correspondientes al Bundestag según el art. 1 de la Ley de ampliación. En atención a las exigencias previstas en el proceso de toma de decisión no pueden ser delegables, sin embargo, el derecho a presentar el recurso de subsidiariedad a través del Gobierno (art. 1 § 3.2 de la Ley de ampliación) y el derecho de rechazo (1 § 4.3 de la Ley de ampliación) (Boletín Oficial del Parlamento Federal, 16/8489, pág. 8). El art. 1 § 6 de la Ley de ampliación dispone que los pormenores de la información conforme a esta Ley se regularán en el acuerdo entre el Bundestag y el Gobierno federal alemán según el § 6 de la Ley sobre la cooperación del Gobierno Federal y el Bundestag en los asuntos referidos a la Unión Europea de 28 de septiembre de 2006 (Boletín Oficial Federal II, pág. 2177) y el acuerdo entre el Gobierno Federal y los Estados federados según el § 9 de la Ley sobre la cooperación de la Federación y los Estados federados en en los asuntos referidos a la Unión Europea.

96

El art. 2 de la Ley de ampliación contiene modificaciones de otras leyes, especialmente las dos leyes citadas en último lugar.

97
6. El Tratado de Lisboa requiere la ratificación jurídica de los Estados miembros de la Unión Europea, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (art. 6.1, frase 1 del Tratado de Lisboa). Los instrumentos de ratificación se depositarán ante el Gobierno de la República italiana (art. 6.1, frase 2 del Tratado de Lisboa).

98
Después de que los recurrentes en amparo citados en III, IV y V y los demandantes hubieran solicitado la adopción de medidas provisionales, con el fin de evitar una vinculación jurídico-internacional de la República Federal de Alemania al Tratado de Lisboa mediante el depósito del instrumento de ratificación, el Presidente Federal declaró, por medio del Jefe de la Oficina del Presidente Federal, que él no extendería el instrumento de ratificación hasta que el Tribunal Constitucional Federal no se hubiese pronunciado definitivamente sobre el objeto principal del proceso.

II.

99
1. Los recurrentes en el procedimiento de recurso de amparo impugnan la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa. Los recursos de amparo de los recurrentes citados en III y VI afectan además a la Ley para la Reforma de la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) así como a la Ley por la que se amplían y fortalecen los derechos del Bundestag y el Bundesrat en materias de la Unión Europea.

100
a) Los recurrentes en amparo interpretan de modo coincidente que han sido lesionados en su derecho reconocido en el art. 38 LFB. El art. 38 les otorga como alemanes con derecho a voto el derecho subjetivo a participar en las elecciones del Bundestag, y de

este modo contribuir a la legitimación del poder estatal a nivel federal e influir en su ejercicio. Con la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea llevada a cabo por medio de la Ley de aprobación habrían sido afectados en ese derecho, porque se les habría privado de su influencia en la legitimación y en el ejercicio del poder estatal. La intervención habría superado los límites de la autorización para la integración conforme al art. 23.1, frase 3, en relación con el art. 79.3 de la LFB, y sería por ello jurídicamente inadmisible. Se habría lesionado el principio democrático, en la medida en que según el art. 79.3 en conexión con el art. 20, apartados 1 y 2 LFB es inviolable, y ello en dos sentidos diferentes: por medio de la privación de competencias del Bundestag por un lado y por medio de la ausencia de legitimación democrática de la Unión Europea por otro.

101

aa) El recurrente citado en III alega la lesión del principio democrático bajo los dos aspectos. En la medida en que invoca la merma de competencias del Bundestag, sostiene que la Unión Europea no es nada más que una Comunidad económica sectorial. La Unión ha asumido muchas más tareas en todos los ámbitos políticos de relevancia y podría colmar por sí misma las restantes lagunas competenciales. Con relación a la legitimación democrática de la Unión Europea sostiene que el déficit democrático europeo no disminuye, sino que se intensifica. El Consejo ya no podría proporcionar de modo suficiente la legitimidad democrática derivada de la población de los Estados miembros. La cadena de legitimidad hacia los Parlamentos nacionales se vería rota especialmente a través de la aplicación, como próxima regla general, del principio de mayoría. Tampoco se justificaría ya la aplicación del principio de unanimidad. Una vez adoptado un acto jurídico no puede ser ya derogado, en la medida en que solamente un único Estado quiera oponerse a dicho acto. El Parlamento Europeo habría visto mermado su fortalecimiento, en la medida en que no se ve legitimado democráticamente, puesto que no es elegido sobre el fundamento de una igualdad democrática.

102

Además, según el parecer del recurrente en amparo citado en III, numerosos preceptos concretos del Tratado de Lisboa contravienen el principio democrático. Al respecto enumera en primer lugar el art. 14.2 TUE versión Lisboa, que sitúa al pueblo de la Unión como conjunto de ciudadanos y ciudadanas de la Unión en igualdad de derechos junto a los pueblos de los Estados miembros como fuente de legitimación de la Unión Europea, y con ello constituye un nuevo sujeto de legitimación democrática, en segundo lugar preceptos como el art. 48.6 TUE versión Lisboa y el art. 311 TFUE, que posibilitan modificaciones de los Tratados sin la aprobación del Bundestag, en tercer lugar regulaciones como el art. 48.7 TUE versión Lisboa, que autoriza la transición de decisiones del Consejo que los Tratados prevén unánimes hacia decisiones tomadas por mayoría, sin que el Bundestag contribuya suficientemente a dicha transición, así como en cuarto lugar la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE, ahora casi universalmente aplicable.

103

bb) El recurrente en amparo citado en IV sostiene que el «umbral de la insignificancia de las competencias originarias legislativas alemanas» se sobrepasa con los derechos de soberanía transferidos a la Unión Europea mediante el Tratado de Lisboa. Se llegaría a una «liquidación de las competencias estatales propias». La política exterior y de seguridad común se supranacionaliza, porque serían atribuidas medidas en este terreno a una Unión Europea dotada de personalidad jurídica, que serían representadas a nivel internacional ya no por los ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros, sino por el Alto Representante de la Unión para la Política exterior y de Seguridad. La política común de seguridad y defensa sigue orientada hacia el camino a una «defensa europea bajo bandera europea». Los Estados miembros se verían obligados a un rearme. También se supranacionalizaría la cooperación policial y judicial en materia penal. La cláusula de flexibilidad posibilita finalmente una reforma de los tratados sin procedimiento formal de reforma.

104
El recurrente en amparo señalado en IV invoca la ausencia de legitimación democrática de la Unión Europea. Es cierto que Tratado de Lisboa revaloriza poderosamente las competencias del Parlamento Europeo. Pero esto sólo podría legitimar el ejercicio del poder soberano a través de la Unión Europea cuando se garantizase la igualdad en las elecciones. Los Estados miembros con población más escasa han mantenido sin embargo, en comparación con los Estados miembros de población más numerosa, como ya ocurría hasta ahora, muchos votos por encima de la regla de la proporcionalidad.

105
cc) Los recurrentes en amparo citados en V alegan solamente la insuficiente legitimación democrática de la Unión Europea. Estos opinan que la ampliación de las competencias no supone ningún paso que sustente la expansión o profundización de la legitimación democrática de la Unión Europea. Con ello, el nivel requerido de legitimidad democrática no depende de la condición de Estado de la Unión Europea, sino que se define en función del ámbito de competencia de la Unión Europea y la relevancia de las decisiones europeas con relación a los derechos fundamentales. Los recurrentes citados en V exponen que el ejercicio de derechos soberanos por parte de la Unión Europea no estaría suficientemente legitimado a través de los parlamentos nacionales. Las concretas habilitaciones atribuidas por medio del Tratado de Lisboa no estarían suficientemente determinadas; la alerta de subsidiariedad solamente permite a los parlamentos nacionales presentar alegaciones frente a proyectos de actos legislativos a nivel europeo. Pero no les posibilita provocar el fracaso de los proyectos, así como por otro lado son posibles las ampliaciones de los Tratados sin la participación de los parlamentos nacionales.

106
El ejercicio de los derechos soberanos de la Unión Europea no

estaría tampoco lo suficientemente legitimado por las instituciones europeas. El Consejo sólo puede proporcionar a priori una legitimidad limitada. El principio democrático requiere que las decisiones importantes se aprueben por el Parlamento. La retroalimentación entre los órganos del Estado y el pueblo, decisiva en un Estado democrático, no se agota en el recurrente y periódico acto de la elección del Parlamento. La formación de la voluntad estatal puede describirse más bien como un proceso en el que influyen las diferentes opiniones, creencias e intereses del pueblo. El Consejo, como representante de los intereses nacionales, sólo puede desempeñar esa función de modo insuficiente. Este no sería, en primer lugar, un órgano representativo, esto quiere decir que la formación de la voluntad del pueblo se vería tan fuertemente filtrada y personalmente reducida, que la correspondiente función deliberativa del Parlamento sólo podría asumirse de un modo limitado. En segundo lugar, la oposición nacional deja de estar presente en el Consejo. Además, el Parlamento Europeo no legitima suficientemente el ejercicio de los derechos soberanos de la Unión Europea, ya que en la elección del Parlamento Europeo no se aplica el principio de igualdad de votos y el Parlamento Europeo ni legitimaría a la Comisión de modo suficiente ni satisfaría el nivel de legitimación de las decisiones europeas requerido por el principio democrático ni el nivel de las normas de la legislación democrática aceptado en los estados democráticos desarrollados. El procedimiento de codecisión, que cambia su nombre por el de «procedimiento legislativo ordinario» se convierte sólo aparentemente en procedimiento general, porque en los distintos ámbitos políticos se encuentran numerosas disposiciones especiales que establecerían normas procesales particulares. Principalmente, en el caso de las decisiones que afectan a Derechos fundamentales —como por ejemplo en el ámbitos de aplicación del art. 87.3, art. 89, art. 113 TFUE— que podrían ser adoptadas sin el consentimiento del Parlamento Europeo.

107

El Tratado de Lisboa en última instancia viola el principio demo-

crático con el cambio de las mayorías. Es propia del proceso democrático la pugna por el poder político, esto es la interacción entre la minoría y la mayoría. Esta pugna, sin embargo, no está teniendo lugar a nivel europeo. Las instituciones europeas no están construidas alrededor de la centralidad del conflicto político. El desconocimiento de las líneas de conflicto políticas conduce a la apatía política en forma de abstención en las elecciones al Parlamento Europeo.

108

dd) Los recurrentes en amparo citados en VI sostienen por su parte que, con el paso hacia el proceso de integración, no se han respetado los fundamentos democráticos de la Unión Europea. Piden al Tribunal Constitucional Federal que examine, a la luz de derechos de soberanía ya transferidos y todavía por transferir, si se satisfacen las expectativas contenidas en su Sentencia sobre el Tratado de Maastricht (véase BVerfGE 89, 155 y ss.) con relación al desarrollo jurídico-constitucional democrático de la UE. Los recurrentes en amparo citados en VI afirman que no sería este el caso. La praxis legislativa y decisional de la Comisión se habría ido desplazando hacia un «régimen de autohabilitación». El Pacto de Estabilidad se habría visto despojado de su sustancia mediante las normas excepcionales concedidas en el pasado. Sería por tanto imposible seguir hablando por más tiempo de un acuerdo de Alemania con la Unión Monetaria Europea.

109

El Tratado de Lisboa convertiría además a la votación por mayoría cualificada en regla habitual en el Consejo y dejaría de esta manera sin contenido las competencias del Bundestag alemán. Los procedimientos para hacer cumplir el principio de subsidiariedad previstos en el protocolo de subsidiariedad no serían los adecuados, debido a las excesivas pretensiones estructurales relativas a los parlamentos nacionales, para lograr la aplicación efectiva de los principios de atribución de competencias singular y restringida, subsidiariedad y proporcionalidad. Los procedimientos acabarían

suponiendo además que los Estados miembros más pequeños, en lo que se refiere al número de dictámenes motivados de los Parlamentos nacionales que obligan a llevar a cabo una revisión de un proyecto de acto legislativo (artículo 7 del Protocolo de subsidiariedad), serían considerados al mismo nivel que Alemania. El derecho de rechazo de los parlamentos nacionales en el marco del procedimiento-pasarela no ofrece tampoco ninguna garantía de aprobación democrática, y la ampliación del ámbito de aplicación material de la cláusula de flexibilidad conduciría a una «ilimitada competencia para ampliar sus propias competencias».

110

Puede dejarse abierta, según el recurrente en amparo citado en VI, sin embargo, la cuestión de si la distribución de diputados en el Parlamento Europeo es incompatible con el principio de representación democrática. Lo que importa, más bien, sería que el Parlamento Europeo no tuviera la oportunidad de oponerse al monopolio de la iniciativa de la Comisión, mediante la facultad de obligar a la Comisión a que se abstengan de iniciativas legislativas. Por otra parte, la competencia de la Comisión para la producción normativa terciaria[6] relativizaría el derecho de codecisión del Parlamento Europeo en el marco de la producción legislativa (véase el artículo 290 y siguientes del TFUE).

111

b) Los recurrentes en amparo citados en III y IV opinan, además, que la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado conduce a la pérdida de la estatalidad de la República Federal de Alemania. Basan igualmente esta afirmación en el artículo 38 de la LFB.

112

aa) Según la interpretación del recurrente citado en III, con el Tratado de Lisboa se sobrepasa el límite de lo que puede permitir

[6] Se refiere a la legislación delegada.

el fundamento de un Estado soberano ante la transferencia de derechos de soberanía. La Unión Europea se convertiría en un sujeto de Derecho internacional y podría actuar en el plano internacional como un Estado. Estaría provista de un aparato de política exterior, tendría un carácter cuasi-estatal hacia el exterior, así como las más amplias competencias en política exterior. El Derecho de la Unión poseería una primacía ilimitada sobre el Derecho de los Estados miembros, también sobre la Ley Fundamental de Bonn, con la consecuencia de que se eliminaría la posibilidad de control por parte del Tribunal Constitucional Federal. La Unión Europea dispondría de una «competencia para decidir sobre las propias competencias»[7] (art. 48, apartados 6 y 7 TUE versión Lisboa, art. 311, art. 352 TFUE) y habría avanzado hacia áreas sustanciales de la estatalidad con sus competencias en materia de seguridad interior y orden público. Esta pérdida de soberanía de los Estados miembros no es compatible ni con el principio de atribución singular y restringida, que ya no cumpliría ninguna función limitadora efectiva, ni con el principio de subsidiariedad. Sólo podría servir de remedio aquí una concreta configuración de competencias determinadas y limitadas, o un catálogo negativo de competencias, así como la institución de un órgano de vigilancia independiente, algo así como un Tribunal de resolución de conflictos competenciales.

113

Además del poder propio de un Estado, la Unión Europea también gozaría de un territorio estatal, a saber, el espacio de libertad, seguridad y justicia, así como de un pueblo estatal. El Parlamento Europeo no se compone de representantes de los pueblos de los Estados miembros, sino de los representantes de los ciudadanos de la Unión. El desarrollo de la Unión Europea hacia un estado federal invade las funciones y atribuciones de los órganos constitucionales de la República Federal de Alemania. El fundamento necesario para una integración de este tipo sólo lo podría constituir una Ley

[7] Kompetenz-Kompetenz

constitucional que debería darse el pueblo alemán, de conformidad con el artículo 146 de la LFB.

114

bb) Según opinión del recurrente citado en IV, la Comunidad estatal creada mediante el Tratado de Lisboa deja de ser fácticamente una Unión de Estados basada en un Tratado Internacional. Más bien se trataría de «una gran Federación con subjetividad jurídica propia», que actuaría como un Estado independiente —con sus propios órganos legislativos, autoridades y su propia ciudadanía—. La competencia para la armonización jurídica de la legislación penal y procesal penal afecta a la integridad nuclear del poder soberano estatal, puesto que el ejercicio de atribuciones soberanas no puede verse más intensamente representado que a través del derecho a producir Derecho Penal material y aplicarlo procesalmente. Asimismo, la cuestión de si y cómo se defiende un Estado, sería un aspecto crucial de la cualidad estatal de un Estado.

115

c) Los recurrentes citados en IV, V y VI alegan asimismo, sobre la base del art. 38 LFB, violaciones de otros principios estructurales del Estado por medio de la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado.

116

aa) El recurrente en amparo citado en IV alega una violación del principio del Estado de Derecho en la medida en éste se declara intangible por el art. 79.3 de la LFB en relación con el artículo 20.3 LFB. Habida cuenta de las amplias competencias de la Unión Europea, el control de los derechos fundamentales a nivel europeo es insuficiente. El Tratado de Lisboa, en particular, no ha introducido ningún recurso en materia de derechos fundamentales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

117

bb) Según el recurrente citado en V, las posibilidades del Bundestag alemán para determinar las políticas democráticas y sociales se ven limitadas por el Tratado de Lisboa de tal manera que la Unión Europea se compromete a llevar a la práctica una economía competitiva de «mercado abierto». Es cierto que la Constitución no contiene ninguna disposición orientada a un orden económico determinado. El principio del Estado social, sin embargo, exige al legislador que se preocupe de equilibrar las diferencias sociales, para lo cual también se le dejaría un amplio margen de actuación. Por medio de la normativa y jurisprudencia europea que supuestamente promueve la competencia podría socavarse el principio del Estado social, contraviniendo el art. 23.1, frase 3 en relación con el art. 79.3 LFB. De este modo, la Unión Europea dispone, tras el Tratado de Lisboa, de amplias competencias en todas las cuestiones de política económica, aunque no en el ámbito del Derecho tributario y seguridad social. El derecho de huelga rige, según las más recientes sentencias del Tribunal de Justicia únicamente si por medio de su ejercicio no se ve desproporcionadamente limitado el respeto de las libertades fundamentales (cfr. TJCE, Sentencia de 11.12.2007, Rs. C-438/05, Viking, Col. 2007, p. I-10779, número 90; Sentencia de 18.12.2007, Rs. C-341/05, Laval, Col. 2007, p. I-11767, núm. 111).

118

cc) El recurrente citado en VI alega una violación del principio de separación de poderes. En la medida en que cada vez más, las competencias atribuidas a la soberanía de la Unión Europea crecen cuantitativamente, deberían incorporarse a la organización jurídica interna de la Unión Europea las exigencias cualitativas propias de la separación de poderes. Con la excepción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al que se le asignó claramente una función jurisdiccional, se confunden en el resto de los órganos de la Unión Europea, las funciones ejecutiva y legislativa. El Parlamento Europeo, a diferencia de la Comisión, no goza de ningún tipo de dere-

cho de iniciativa en el ámbito legislativo, sino que sólo participa mediante el derecho de co-decisión.

119

d) Los recurrentes citados en III y V van más allá en cuanto a las alegaciones presentadas frente a la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado, alegaciones que no se basan en el artículo 38 de la Ley Fundamental, sino en otras disposiciones de la LFB.

120

aa) El recurrente citado en III alega en su recurso de 23 de Mayo 2008 una violación de los art. 20.4 y 2.1 LFB. En su alegato de 21 de Octubre 2008 retira parcialmente dicha alegación —en la medida en que se había basado en al art.2.1 LFB para fundamentar la violación de principios constitucionales objetivos— y alega adicionalmente una violación de los art.1.1, art. 2, apartados 1 y 2, art. 3, art. 4, apartados 1 y 2, art. 5, apartados 1 y 3, artículos 8 a 14, art. 16, art. 19.4, art. 101, art. 103 y art. 104 LFB.

121

(1) Del art. 20.4 LFB resulta un derecho previo como el derecho de resistencia, que se dirige contra todas los actuaciones que, de conformidad con el art. 79.3 LFB eliminen total o parcialmente los fundamentos constitucionales inalterables. Un recurso de amparo constitucional basado en este derecho no sería subsidiario frente a otros recursos de amparo que se fundamentasen en otros derechos fundamentales. Ciertamente se verían lesionados los arts. 38 y 20.4 LFB, si se viesen sobrepasados los límites que resultan del principio democrático y del fundamento de la soberanía estatal mediante la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea. Sin embargo, la violación de los otros principios constitucionales protegidos por el artículo 79.3, en particular, el principio de separación de poderes, conduce sólo a la violación del art. 20.4 LFB. La Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado no supera el nivel mínimo de separación de poderes exigido en virtud

del art. 79.3, en relación con el artículo 20.2 LFB, el cual debe ser respetado en el ámbito de aplicación del art. 23. El Gobierno Federal dominaría al Bundestag alemán, en lo que se refiere a la función normativa en el nivel europeo. Aquél podría contribuir, como parte del Consejo, a producir Derecho de alto rango, que desplazaría al Derecho aprobado por el Bundestag alemán. Con este «juego sobre la banda»[8] el Gobierno federal podría eludir al Parlamento y aprobar normas a nivel europeo, para las que no conseguiría una mayoría en el Bundestag.

122

El recurrente citado en III considera que la concesión de «otro recurso» en el sentido del art. 20.4 LFB sería procurado por parte del Tribunal Constitucional Federal por la vía de recurso de amparo constitucional. Pero el art. 20.4 LFB también podría interpretarse en el sentido de que el precepto garantizaría un recurso extraordinario en el sentido de un «derecho a otras medidas de subsanación», que sería proporcionado en analogía con el procedimiento de recurso de amparo constitucional.

123

(2) El recurrente citado en III fundamenta la violación del art. 1.1, art. 2, apartados 1 y 2, art. 3, art. 4, apartados 1 y 2, art. 5, apartados 1 y 3, artículos 8 a 14, art. 16, art. 19.4, art. 101, art. 103 y art. 104 LFB en el carácter jurídicamente vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales europea conforme al Tratado de Lisboa. Esto conduce no solamente a que la dignidad humana se vea sometida, en el contexto de la Unión europea, a consideración junto con otros intereses jurídicos, en especial con las libertades económicas fundamentales. La Carta Europea de Derechos Fundamentales dispensaría a los órganos estatales alemanes, además, en gran medida, de la obligación de respetar los derechos fundamentales de la LFB, no sólo en las áreas en las que se hayan ejecutado disposiciones

[8] Spiel über die Bande

vinculantes de Derecho de la Unión, sino también en aquellas cuestiones en que no estaban vinculados por la legislación comunitaria. Por último, la Carta Europea de Derechos Fundamentales elimina la posición de garante que el Tribunal Constitucional posee para la protección de los derechos fundamentales según la jurisprudencia conocida como Solange II (véase BVerfGE 73, 339 y ss.)

124

bb) Los recurrentes citados en V alegan asimismo una violación del art. 1.1 LFB. Ellos opinan que hace falta una aclaración del Tratado de Lisboa en relación a la reserva legal general en virtud del artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de UE, según la cual la dignidad humana no debería ser ponderada con otros intereses jurídicos, en particular con las libertades económicas.

125

e) Los recurrentes citados en III y VI sostienen que la legislación de acompañamiento, la Ley de reforma y la Ley de ampliación violaron sus derechos en virtud del artículo 38 de la Ley Fundamental. El recurrente citado en III alega además el artículo 2.1, y el artículo 20.4 LFB.

126

aa) El recurrente citado en III solicitó en su escrito de apelación de 23 de Mayo de 2008 que se determinase, en primer lugar, que la legislación de acompañamiento le lesionaría como tal en función del artículo 38 LFB. En su alegato de 21 de Octubre 2008 limita su demanda a determinadas cláusulas de la legislación de acompañamiento, a saber, el artículo 1, núms. 1 y 2 de la Ley de reforma y el artículo 1 § 3.2, § 4 apartado 3, núm.3 y apartado 6, así como § 5 de la Ley de ampliación. Los recurrentes citados en VI limitan su demanda también a las normas anteriores.

127

bb) Los recurrentes citados en III y VI exponen, en consonancia

con esto, que el art. 1.1 de la Ley de reforma y el artículo 1 § 3.2 de la Ley de ampliación violan el principio democrático de gobierno de la mayoría, porque el Bundestag alemán se ve obligado a elevar un recurso de subsidiariedad contra la voluntad de la mayoría. El art. 1 § 4 apartado 3, núm. 3 y apartado 6 de la Ley de ampliación no sería por su parte compatible con el principio democrático, en la medida en que el art. 79.3 en relación con el art. 20.1 y 2 LFB lo declaran intangible. Al parlamento alemán se le privaría del derecho de rechazo conforme al artículo 48.7 (3) TUE versión Lisboa en los casos en los que el aspecto esencial de la Iniciativa del Consejo Europeo se refiriese a la legislación concurrente o en los que no pudiese identificarse con claridad cuál es ese aspecto esencial. El artículo 1, núm. 2, de la Ley de reforma, y el art. 1 § 5 de la Ley de ampliación violan finalmente el principio de representación democrática, por el hecho de que los derechos de participación del Bundestag alemán introducidos por el Tratado de Lisboa podrían ser transferidos a la Comisión de asuntos europeos del Bundestag.

128

El recurrente citado en III sostiene que la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el Tratado de Maastricht no excluye, al menos, que del artículo 38 de la LFB se deduce un derecho subjetivo al respeto del principio democrático en el interior de la República Federal de Alemania. El derecho existe en cualquier caso, en la medida en que se vea indirectamente afectado el derecho a participar en la legitimación democrática del poder estatal, garantizado por el art. 38. Los recurrentes citados en VI argumentan que la legitimación para recurrir frente a la legislación de acompañamiento se deriva de la relación material. Sin la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado carece de sentido la Ley de acompañamiento. La Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado y la Ley de acompañamiento deben ser por lo tanto consideradas como una unidad desde el punto de vista procesal constitucional. De aquí se concluye, entre otras cosas, que la legis-

lación de acompañamiento, así como la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado podrían ser recurridas excepcionalmente antes de la sanción y promulgación.

129
cc) Finalmente, el recurrente citado en III alega en su escrito de recurso de fecha 23 de mayo de 2008 una violación del art. 20.4 y el art. 2.1 LFB por parte de la legislación de acompañamiento. En su alegato de 21 de Octubre de 2008 limita su demanda a determinadas disposiciones de la legislación de acompañamiento, a saber, el art. 1, núms. 1 y 2 de la Ley de reforma y el art. 1 § 3.2, § 4 apartado 3, núm. 3 y apartado 6, así como § 5 de la Ley de ampliación, y se distancia de su alegación sobre una violación del art. 2.1 LFB. En apoyo de ello sostiene que la incompatibilidad de las citadas disposiciones de la legislación de acompañamiento con el principio democrático podría también invocarse con base en el art. 24.4 LFB.

130
2. Los demandantes en el proceso de conflicto entre órganos constitucionales impugnan la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, el demandante citado en I, además, la legislación de acompañamiento.

131
a) El demandante citado en I es Diputado del Bundestag alemán y de igual modo lo es el recurrente en amparo citado en III. Éste solicita en su escrito de demanda de 23 de mayo de 2008 en primer lugar, que se establezca que la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado y la Ley de acompañamiento infringen la Ley Fundamental de Bonn, especialmente los art. 20, apartados 1 y 2, art. 2.1, art. 38.1, frase 2 en relación con el art. 79.3 así como el 23.1 LFB y por tanto son nulas. Como demandados señala al Presidente Federal, al Bundestag y a la República Federal de Alemania. En su alegato de 21 de octubre de 2008 renueva su

demanda. Solicita ahora que se declare que la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, el art. 1, núms. 1 y 2 de la Ley de reforma y el art. 1 § 3 apartado 2, § 4 apartado 3, núm. 3 y apartado 6 así como § 5 de la Ley de ampliación violan el art. 20, apartados 1 y 2, art. 23.1 y art. 79.3 LFB, y lesionan en sus derechos al demandante, conforme al art. 38.1 LFB. El demandante abandona sin embargo la alegación de una violación también del art. 2.1 LFB. Como demandantes se señalan el Bundestag y el Gobierno Federal.

132

El demandante citado en I sostiene que él, como Diputado del Bundestag alemán, se habría visto lesionado en los derechos correspondientes a su status conforme al art. 38.1 LFB por parte de la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado y la Ley de acompañamiento. Puesto que se otorga a los ciudadanos individuales por medio del art. 38.1 LFB el derecho subjetivo a participar en las elecciones al Bundestag alemán y, por medio de esa participación, contribuir a la legitimación del poder estatal por el pueblo a nivel federal y asumir una influencia en su ejercicio, debe este derecho ser eficaz en primer lugar para los diputados del Bundestag alemán. El status de éstos está en todo caso regulado en el art. 38.1 LFB. Las tareas y competencias del Bundestag alemán se ven mermadas mediante la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea, y esto no afecta solamente a la posibilidad del elector individual de contribuir a la legitimación democrática del poder estatal. Afecta todavía en mayor medida a la posibilidad de los diputados de representar al pueblo en el ámbito de ejercicio del poder estatal y de aportar legitimación democrática a la legislación así como al control del Gobierno. El demandante citado en I fundamenta la lesión en los derechos correspondientes a su status del art. 38.1 LFB de modo alternativo en que él, como «miembro orgánico»[9] de un órgano constitucional sería responsable de que el

[9] Organwalter: actor del órgano, miembro del órgano.

Bundestag alemán no actuase ultra vires. El Bundestag no debería aprobar ninguna Ley que sobrepasase sus competencias. No debería en cualquier caso adoptar tales decisiones, si esas leyes contribuyesen a abandonar el Estado concebido por la LFB o a limitarlo sustancialmente en su estatalidad.

133

Además, el demandante citado en I alega en este sentido que su derecho de colaboración como diputado del Bundestag alemán, conforme al art. 38.1 LFB, habría sido reducido en el procedimiento legislativo. No puede ponerse en discusión una formación de la voluntad sustancial basada en la fuerza del argumento, que haría posible a los diputados poder asumir la responsabilidad de cara a la toma de sus decisiones. Al status de un diputado no se le estaría respetando suficientemente, si no pudiera haber expresado sus consideraciones constitucionales en un debate del Bundestag con una cuestión incidental conforme al § 27.2 del Reglamento del Bundestag alemán (GOBT). Sólo esto bastaría para poder emitir una declaración de inconstitucionalidad de la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa.

134

b) El demandante citado en II, un Grupo Parlamentario del Bundestag alemán, solicita en «legitimación procesal por sustitución» del Bundestag alemán que se declare que la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa lesiona al Bundestag alemán en sus derechos como órgano legislativo y por ello es incompatible con la Ley Fundamental de Bonn. No designa en su escrito de demanda ningún demandado.

135

El demandante citado en II fundamenta su demanda para ello en que la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa transfiere competencias de decisión democráticas más allá de la medida permitida por el art. 23.1, frase 3, en relación con el

art. 79.3 LFB. El principio democrático se vería lesionado desde muchos puntos de vista, en la medida en que conforme al art. 79.3 LFB es intocable. Se remitiría en este punto a una argumentación idéntica a la del recurrente citado en V (vid. supra, A. II. 1. c) bb). Por otro lado, el demandante citado en II alega que el principio del «Ejército del Parlamento»[10], derivado del principio democrático, se vería vaciado de contenido, puesto que el Bundestag alemán perdería sus competencias de decisión sobre las actuaciones de las Fuerzas Armadas alemanas en el ámbito de las intervenciones de crisis europeas. Conforme al art. 42.4 TUE versión Lisboa se permitiría al Consejo tomar decisiones por unanimidad relativas al inicio de una misión, para la cual los Estados miembros, según dispone el art. 42.3 TUE versión Lisboa, deberían poner a disposición las propias fuerzas militares. No existe una previsión según la cual la decisión deba tomarse en sintonía con los preceptos constitucionales de los Estados miembros. Es cierto que podría argumentarse que la «reserva de Parlamento» protegida constitucionalmente no se anula mediante la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa y los representantes del gobierno alemán en el Consejo deberían lograr la aprobación del Bundestag alemán, antes de comprometer una participación de las Fuerzas armadas alemanas en una misión. Pero esto conduciría, sin embargo, a una fractura del sistema, puesto que la representación de la República Federal Alemana en el Consejo se sitúa habitualmente en el ámbito de las competencias gubernamentales.

III.

136

1. Sobre los recursos de amparo citados en III y V han fijado su posición por escrito el Bundestag alemán (a), el Gobierno Federal

[10] La expresión Parlamentsarmee significa que es al Parlamento a quien le corresponde, según la LFB, el control y las decisiones sobre las acciones del Ejército alemán. Vid. *http://www.bundestag.de/blickpunkt/104_Spezial/0801/0801001.htm*.

(b) y el Bundesrat (c). El Gobierno Federal y el Bundesrat han recogido además en su toma de posición el recurso de amparo citado en IV. El Parlamento del Land Baden-Württemberg (d) circunscribe su toma de posición a los recursos de amparo citados en III y IV.

137
a) El Bundestag alemán sostiene la tesis de que los recursos de amparo citados en III y V son inadmisibles (aa) y carecen de fundamento (bb).

138
aa) La facultad —protegida por el art. 38 LFB— para interponer recursos de amparo contra actos de integración conforme al art. 23.1 LFB estaría limitada a supuestos en los que el principio democrático, en el ámbito protegido conforme al art. 79.3 LFB, se viese vulnerado de modo ostensible y grave. Esto no habría sido probado de forma sustancial por parte de los recurrentes citados en III y IV. El art. 20.4 LFB, en todo caso, no sostiene el recurso de amparo citado en III. Puesto que no puede probarse una negación ostensible de la salvaguardia y defensa constitucional por parte de los órganos estatales allí convocados para ello, no cabe ninguna posición de resistencia. No puede deducirse del art. 20.4 LFB un instrumento jurídico independiente, que existiría junto al recurso de amparo. Además, no sería evidente una lesión en el art. 1.1 LFB de los recurrentes citados en III y V. La dignidad humana estaría garantizada como inviolable también a nivel europeo. Además, la Carta Europea de Derechos Fundamentales no eximiría de los Derechos Fundamentales de la LFB. Finalmente el recurrente citado en III no habría probado sustantivamente de modo suficiente la posibilidad de una violación jurídica mediante la Ley de acompañamiento.

139
bb) Los recursos de amparo citados en III y V serían en todo caso carentes de fundamento, puesto que el Tratado de Lisboa sería compatible con la Ley Fundamental de Bonn. En este contexto, el

Bundestag es de la opinión de que el ámbito de control material de los recursos de amparo estaría limitado a las novedades introducidas por el Tratado de Lisboa. El proceso de integración como tal no puede ser objeto del proceso. Con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el Tratado de Maastricht se habría dado una *res iudicata* y una decisión que hiciese referencia a los desarrollos de los Tratados de Amsterdam y Niza estaría descartada por causa del § 93 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán.

140

(1) El art. 38 LFB no se habría violado por medio de la Ley por la que se autoriza la adhesión al Tratado de Lisboa. En la medida en que el Tratado de Lisboa fundamenta nuevas competencias de la Unión Europea o traslada determinados ámbitos políticos de la cooperación intergubernamental al método comunitario, no se sobrepasan los límites de transmisibilidad de facultades soberanas fijados por el art. 79.3 LFB. Los Estados miembros tendrían solamente una pérdida de competencias irrelevante y recibirían, en contraprestación, nuevos ámbitos de actuación y posibilidades de configuración política. No sería criticable que las votaciones por mayoría cualificada se conviertan en el proceso ordinario de toma de decisiones del Consejo. Los procedimientos de mayoría y con ello la posibilidad de vencer por mayoría de votos en el Consejo habían sido aceptados por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Sentencia sobre el Tratado de Maastricht (cfr. BVerfGE 89, 155 y ss.). A los Estados miembros continúan perteneciendo competencias sustanciales. Los ámbitos de la seguridad interior y exterior, así como la política de defensa permanecen totalmente en el ámbito competencial de los Estados miembros, así como la política económica, financiera y de empleo.

141

Tampoco se habría visto vulnerado un posible derecho a la legitimación democrática de la Unión Europea derivado del art. 38 LFB. La legitimación democrática del Consejo descansa, por un

lado, sobre la base constitucional, la cual regula el proceso de toma de decisiones del Consejo, y por otro sobre el debate que tiene lugar en el Consejo. El Parlamento Europeo facilita en todo caso legitimación democrática. La ausencia de una «igualdad del valor del resultado» (de voto) en las elecciones del Parlamento Europeo no contradice lo anterior; esta sería más bien consecuencia de la especial estructura de la Unión Europea, asentada sobre los Estados miembros, que contiene especiales formas de representación democrática. El Tratado de Lisboa fortalece la legitimación democrática no sólo mediante la revalorización del Parlamento Europeo, sino también mediante el incremento de la publicidad de las sesiones del Consejo, así como la introducción del sistema de alerta temprana para el control del cumplimiento del principio de subsidiariedad. Con todo ello se ve mejorada la posición del Bundestag alemán por medio del Tratado de Lisboa.

142

El Tratado de Lisboa no otorga a la Unión Europea ninguna «competencia para decidir sobre las propias competencias». La cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE no puede ser entendida como una ilimitada competencia para ampliar las propias competencias; el art. 311 TFUE no va más allá de las reglas hasta ahora vigentes sobre adquisición de medios propios. Asimismo, tampoco se justifica una «competencia para decidir sobre las propias competencias» de la Unión Europea mediante los preceptos sobre la reforma simplificada de los Tratados o las normas que afectan a la transición hacia las decisiones por mayoría en el Consejo. Las referidas reformas de los tratados se habrían más bien anticipado a los preceptos. El contenido y las modalidades de los procesos de toma de decisiones se habrían definido de modo suficientemente determinado.

143

(2) No se aprecia tampoco, según el punto de vista del Bundestag alemán, una violación del principio de la estatalidad soberana. La LFB garantiza la estatalidad de la República Federal

de Alemania en forma de una estatalidad abierta, tal y como se dispone, entre otros, en el Preámbulo de la LFB así como en los art 23 a 25 LFB. A consecuencia de esto, la integración europea estaría no solamente permitida por la LFB, sino deseada. El Tratado de Lisboa no fundamenta una estatalidad propia de la Unión Europea. Ni lo implica el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Unión Europea ni tampoco la unión de Derecho comunitario y Derecho de la Unión. La referencia a las ciudadanas y ciudadanos de la Unión en el art. 14.2 TUE versión Lisboa acentúa su posición como sujeto de legitimación de la Unión Europea, sin que constituyan un pueblo europeo. La primacía de aplicación del Derecho de la Unión abordada en la Declaración número 17 no otorga a la Unión ninguna estatalidad, sino que simplemente aclara el carácter de la Unión Europea como Comunidad de Derecho. La Declaración, que no forma parte de la parte normativa del Tratado, no modifica la situación jurídica previa y no conduce a una supraordenación del Derecho europeo sobre la Constitución nacional. El derecho a revocar la vinculación contradice la tesis de la asunción de estatalidad por parte de la Unión Europea; la Unión Europea no tendría ninguna competencia para tomar medidas coercitivas o ejecutivas.

144

(3) No se habría dado tampoco una violación del principio de separación de poderes. Ni el Tratado de Lisboa cimenta una legislación ejecutiva del Gobierno Federal, ni establece nuevas posibilidades para lo que el recurrente llama «juego sobre la banda». Precisamente se evitarán mejor semejantes comportamientos sobre la base de las nuevas disposiciones sobre la publicidad de las sesiones del Consejo y los fortalecidos derechos de control del Parlamento según el Protocolo de Subsidiariedad.

145

(4) Finalmente, el recurso de amparo citado en III carecería de fundamento, también desde el punto de vista de la Ley de acompañamiento que se impugna. El hecho de que el Bundestag alemán,

conforme al art. 1.1 de la Ley de reforma y el art. 1 § 3.2 de la Ley de ampliación puede verse forzado, a petición de una cuarta parte de sus miembros, a presentar un recurso de subsidiariedad, no lesiona el principio democrático. La regulación sería expresión de la protección de las minorías inmanente a cada democracia en funcionamiento. La regulación recogida en el art. 1.1 de la Ley de reforma, así como en el art. 1 § 4, apartados 3 y 6 de la Ley de ampliación, referidas al ejercicio del derecho de rechazo conforme al art. 48.7 (3) TUE versión Lisboa responde a la división de competencias estatal interna entre el Bundestag y el Bundesrat, así como al principio del Estado federal. La posibilidad prevista en el art.1.2 de la Ley de reforma y el art. 1 § 5 de la Ley de ampliación para transferir las competencias de decisión a la Comisión de Asuntos Europeos no puede fundamentar una lesión jurídica, porque en esas meras disposiciones no tiene lugar ninguna transferencia de competencias, sino que más bien se autoriza al Bundestag a hacerlo.

146

b) El Gobierno Federal opina, en todo caso, que los recursos de amparo citados en III, IV y V son inadmisibles (aa), y en cada caso serían también carentes de fundamento (bb).

147

aa) Los recursos de amparo serían inicialmente inadmisibles, porque los recurrentes citados en III, IV y V no estarían afectados por sí mismos, de modo actual y directo por medio de la Ley por la que se autoriza la adhesión al Tratado de Lisboa así como la Ley de acompañamiento, en relación con el art. 38 LFB. Antes de su entrada en vigor, la Ley de acompañamiento representa un inadecuado objeto de impugnación, puesto que esta ley —al contrario que la Ley por la que se autoriza la adhesión al Tratado de Lisboa— sólo puede ser objeto de recurso de amparo una vez finalizado el proceso legislativo parlamentario. Las alegaciones de los recurrentes citados en III y V basadas en el art. 1.1 LFB y las del recurrente citado en III sobre los demás derechos de libertad, igualdad y jus-

ticia carecerían de substancia. La dignidad humana sería, conforme a la Carta Europea de Derechos Fundamentales, intangible, y los Derechos fundamentales de la Unión en el ámbito de aplicación de la Carta Europea de Derechos se aplicarían de modo paralelo a los Derechos Fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn.

148

(bb) (1) La Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado sería especialmente compatible con el principio democrático. La posición del Consejo en el proceso normativo y la limitada representación de las cifras de población reales vinculada a dicho proceso no serían censurables. Se tratarían de una especialidad motivada por la consideración de la Unión Europea como Unión de Estados. El Parlamento Europeo juega un papel determinante en el marco de la legislación europea, que se ve todavía más reforzado con la ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento legislativo ordinario. El hecho de que, para las elecciones al Parlamento Europeo, sólo sea eficaz de modo insuficiente el principio de igualdad de todos los ciudadanos, trae causa de la necesidad de adaptar ese principio a la luz de la igualdad de todos los Estados.

149

El Tratado de Lisboa no posibilita ninguna modificación de los Tratados sin la ratificación de la República Federal de Alemania. Una decisión del Consejo Europeo conforme al art. 48.6 (2) TUE versión Lisboa implica según el art. 59.2 LFB una Ley de autorización de la ratificación del Bundestag. También en el marco de la transición desde la unanimidad a un proceso de mayoría cualificada, posibilitada por el art. 48.7 TUE versión Lisboa, existe un derecho de veto por parte de la República Federal de Alemania.

150

(2) El Tratado de Lisboa no conduce ni a una configuración de un Estado de la Unión Europea ni a un debilitamiento de la estatalidad de la República Federal de Alemania. El Tratado evita

cualquier acercamiento terminológico a la estatalidad, y asimismo el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Unión Europea no proporciona ningún indicio para ello. El libre derecho de revocar la vinculación confirma la subsistencia de la soberanía estatal. Los Estados miembros permanecerían como «señores de los tratados» y no habrían depositado en la Unión Europea ninguna «competencia para decidir sobre las propias competencias». El principio de atribución singular y restringida sigue teniendo vigencia de ahora en adelante. La aplicación de la cláusula de flexibilidad se ve sometida mediante el Tratado de Lisboa a requisitos materiales y mecanismos de seguridad procesal.

151
No se transfieren prácticamente nuevas competencias sustanciales a la Unión Europea. Las medidas en el ámbito de la política exterior y de seguridad común no tendrían ninguna cualidad supranacional, también tras la supresión de la bipartición de la Unión Europea y la Comunidad Europea. El espacio de libertad, seguridad y justicia no restringe la soberanía territorial de los Estados miembros, sino que garantiza la necesaria cooperación entre los Estados miembros en un espacio sin fronteras interiores. Tampoco se establece ningún «pueblo de la Unión». Ni la Carta de Derechos Fundamentales ni la primacía del Derecho comunitario conducen a la erección de un Estado europeo.

152
(3) La estructura institucional de la Unión Europea dispuesta por el Tratado de Lisboa sería por lo demás compatible con el principio de división de poderes. A la configuración de la Unión Europea como Unión de Estados se acompaña un reforzado poder de decisión de los ejecutivos estatales. Además el Tribunal Constitucional Federal habría ya considerado compatible con la Ley Fundamental de Bonn el sistema institucional de la Unión Europea hasta ahora vigente, y el Tratado de Lisboa conduce hacia un fortalecimiento de los Parlamentos nacionales.

153
c) El Bundesrat considera que las leyes impugnadas son conformes con la Constitución. El Tratado de Lisboa refuerza la legitimación democrática de la Unión Europea, en especial mediante la revalorización de la posición del Parlamento europeo, así como de los parlamentos nacionales. El Tratado no conduce a ninguna desestatalización de la República Federal de Alemania. La delimitación de competencias se mejora, y se transfieren competencias complementarias solamente en ámbitos limitados. La salvaguardia de la soberanía estatal se pone claramente de manifiesto en el expreso reconocimiento del respeto a la identidad nacional según el art. 4.2 TUE versión Lisboa, así como en el derecho de revocar la vinculación conforme al art. 50 TUE versión Lisboa.

154
d) El Parlamento del Land Baden-Württemberg considera los recursos de amparo citados en III y IV como carentes de fundamento.

155
2. En el proceso de conflicto entre órganos constitucionales, el Bundestag alemán (a), el Gobierno Federal (b), el Bundesrat y el Parlamento del Land Baden-Württemberg (c), han fijado su posición por escrito.

156
a) Desde el punto de vista del Bundestag alemán, las demandas presentadas en el proceso de conflicto entre órganos constitucionales son inadmisibles (aa), y en cualquier caso infundadas (bb).

157
aa) (1) En tanto el demandante en el proceso de conflicto entre órganos constitucionales citado en I pretende la declaración de nulidad de la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado y la Ley de acompañamiento, se trataría del típico contenido de una demanda de control normativo abstracto, regulado en el art. 93.1, núm.

2, de la LFB, para el cual el demandante, como diputado individual, no estaría legitimado. El Bundestag no se pronuncia sobre la modificación de la demanda planteada por el demandante citado en I en su alegato de 21 de octubre de 2008. En cuanto a que el demandante alega una deficitaria formación de la voluntad durante el debate en el Bundestag alemán, su pretensión carecería de sustancia. Además el demandante citado en I no tendría la capacidad para ser parte en el proceso, en lo que se refiere a la pretensión de invocar sus derechos como parte orgánica del Bundestag alemán mediante una legitimación procesal por sustitución. El Tribunal Constitucional Federal habría rechazado expresamente la posibilidad de legitimación procesal por sustitución de un diputado individual en nombre del Bundestag alemán. Finalmente, el demandante no pretende hacer valer el derecho del órgano al que pertenece frente a otro órgano, sino que procede contra una decisión precisamente de ese mismo órgano. Esto conduce a un proceso contra sí mismo inadmisible desde el punto de vista procesal constitucional.

158

(2) También la demanda pretendida en el proceso de conflicto entre órganos constitucionales mencionado en II sería inadmisible. El demandante no estaría legitimado para plantear la demanda, porque no habría fundamentado de modo plausible, que ha sido lesionado en sus derechos como Grupo parlamentario. No le corresponde frente al Bundestag ni un derecho a la observancia de los límites de la integración ni un derecho genérico al respeto de la Ley Fundamental de Bonn. Tampoco existiría un derecho del Grupo Parlamentario al mantenimiento de las competencias de decisión del Bundestag. El demandante tampoco podría hacer valer por medio de una legitimación por sustitución unos derechos del Bundestag frente al propio Bundestag. Además no cumple las exigencias que le otorgarían protección jurídica, puesto que su demanda, desde el punto de vista material, responde a un control normativo abstracto, ámbito en el cual el demandante, como Grupo Parlamentario, carece de capacidad de ser parte en el proceso.

159

bb) El Bundestag alemán advierte que el ámbito de control del proceso de conflicto entre órganos constitucionales citado en I y II se limita a las concretas relaciones jurídico-constitucionales. No podría examinarse la constitucionalidad objetiva de las leyes impugnadas. Sobre la carencia de fundamento de los procesos de conflicto entre órganos constitucionales citados en I y II se remite el Bundestag alemán a sus explicaciones relativas a los recursos de amparo citados en III y V (ver más arriba A. III. 1. a) bb).

160

b) El Gobierno Federal sostiene en todo caso la tesis de que las demandas planteadas en los procesos de conflicto entre órganos constitucionales son inadmisibles (aa), y en cualquier caso infundadas (bb).

161

aa) (1) El demandante en el proceso de conflicto entre órganos constitucionales citado en I no estaría legitimado para ello. Él no se vería afectado en la posición jurídica derivada de su pertenencia a un órgano, según el art. 38.1 LFB, sino que intenta conseguir, a través del proceso de conflicto entre órganos constitucionales, un control de constitucionalidad global de las leyes impugnadas por parte del Tribunal Constitucional Federal. Por ello sería en todo caso admisible un control normativo abstracto, para lo cual sin embargo no está facultado el demandante. Mediante la legislación de acompañamiento que se impugna, los derechos del Bundestag alemán se ven únicamente reforzados, de modo que se excluye una violación del demandante en sus derechos.

162

En cuanto que el demandante alega que no habría tenido en el Bundestag ninguna oportunidad suficiente para trasladar su opinión disidente, no resultaría evidente hasta qué punto esta alegación supone la impugnación de una medida del Bundestag alemán. Por

lo demás, los correspondientes preceptos del Reglamento del Bundestag alemán delimitan el status jurídico de los diputados de un modo plenamente constitucional. Además el demandante habría tenido la posibilidad, conforma al § 31.1 del Reglamento, de aportar una declaración escrita o una breve toma de posición oral.

163

(2) También la demanda pretendida en el proceso de conflicto entre órganos constitucionales citado en II sería inadmisible. No existe un auténtico demandado. No sería admisible un procedimiento dirigido únicamente contra una ley en el marco de un conflicto entre órganos constitucionales. Además no resultaría evidente, hasta qué punto los derechos referidos al status del grupo parlamentario demandante hayan podido ser vulnerados. El demandante no puede tampoco invocar por medio de una legitimación procesal por sustitución los derechos del Bundestag frente al propio Bundestag. Puesto que el demandante no alcanza el quórum exigible conforme al art. 93.1, núm. 2 LFB, se excluye una interpretación de la petición como demanda de control normativo abstracto.

164

bb) Sobre la carencia de fundamento de las demandas en los procesos de conflicto entre órganos constitucionales citados en I y II, el Gobierno Federal se remite a sus explicaciones sobre la carencia de fundamento de los recursos de amparo citados en III y V (ver más arriba, A. III. 1. b) bb). En tanto que se impugna la Ley por la que se autoriza la ratificación al Tratado de Lisboa, el Gobierno expresa de modo complementario que el Tratado de Lisboa sólo contiene pocas novedades en el ámbito de la política común de seguridad y defensa. Los derechos de participación del Bundestag alemán se mantienen garantizados, puesto que ningún Estado miembro puede ser obligado a participar en acciones militares contra su voluntad.

165
c) El Bundesrat y el Parlamento del Land Baden-Württemberg consideran infundadas las demandas planteadas en el proceso de conflicto entre órganos constitucionales, por las mismas razones que habían propuesto con relación a los recursos de amparo (ver más arriba A. III. 1. c) y d).

IV.

166
El Tribunal Constitucional Federal ha celebrado los días 10 y 11 de febrero de 2009 un procedimiento oral, en el que los interesados han aclarado y profundizado sus puntos de vista jurídicos.

B.

167
Los recursos de amparo planteados contra la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa son admisibles, en tanto en ellos se alega, sobre la base del art. 38.1, frase 1 LFB, una violación del principio democrático, una pérdida de estatalidad de la República Federal de Alemania y una violación del principio del Estado social. Los recursos de amparo citados en III y VI, planteados contra la legislación de acompañamiento, son admisibles, en cuanto que se apoyan en el art. 38.1, frase 1 LFB (I.). La demanda planteada en el proceso de conflicto entre órganos constitucionales citado en II es admisible, en la medida en que el demandante invoca una lesión de las competencias decisorias del Bundestag alemán sobre las misiones de las Fuerzas militares alemanas (II.). Son inadmisibles en todo lo demás los recursos de amparo y las demandas planteados en los procesos de conflicto entre órganos constitucionales.

I.

168

Los recursos de amparo son admisibles, en cuanto los recurrentes alegan, sobre la base del art. 38.1, frase 1 LFB una violación del principio democrático, una pérdida de estatalidad de la República Federal de Alemania y una violación del principio del Estado social por medio de la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa y la legislación de acompañamiento.

169

1. Los recurrentes poseen capacidad para recurrir. Pertenecen al círculo de personas que, como tales, pueden presentar un recurso de amparo, en el sentido del § 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. Esto se aplica también a los recurrentes citados en III y V, que son miembros del Bundestag alemán, y que presentan los recursos de amparo, sin embargo, como ciudadanos de la República Federal de Alemania. Ellos no se acogen a su status constitucional frente a un proceso de conflicto entre órganos constitucionales en cuanto que forman parte de un órgano constitucional, sino que invocan una lesión en sus derechos fundamentales por parte de los poderes públicos (cfr. BVerfGE 64, 301 <312>; 99, 19 <29>; 108, 251 <267>).

170

2. La Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa y la legislación de acompañamiento promulgada a tal efecto pueden ser objeto de recurso en un proceso de recurso de amparo, en cuanto se trata de disposiciones de los poderes públicos alemanes. Esto es válido, independientemente de que dichas Leyes no hayan entrado todavía en vigor. Puesto que el carácter vinculante jurídico-internacional del Tratado de Lisboa depende todavía únicamente de que el Presidente Federal extienda y deposite ante el Depositario el instrumento de ratificación, la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa puede ser excepcional-

mente objeto de recurso de amparo (cfr. BVerfGE 108, 370 <385>). Lo mismo es válido respectivamente para la legislación de acompañamiento, cuya entrada en vigor está asociada a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El art. 2 de la Ley de reforma se vincula a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el art. 3 de la Ley de ampliación a la entrada en vigor de la Ley de reforma.

171

3. La legitimación para interponer recurso presupone la afirmación de los recurrentes de que se han visto lesionados en un derecho fundamental susceptible de ser alegado en recurso de amparo u otro derecho análogo a un derecho fundamental, por sí mismos, de modo directo y actual. Los recurrentes deben exponer de forma suficientemente motivada que tal lesión parece posible (§ 23.1, frase 2, § 92 Ley del Tribunal Constitucional Federal; cfr. BVerfGE 99, 84 <87>; 112, 185 <204>). Los recurrentes satisfacen dichas exigencias en diferentes ámbitos.

172

a) En tanto que los recurrentes en amparo alegan una lesión de sus derechos análogos a los fundamentales recogidos en el art. 38.1, frase 1 LFB por medio de la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, la legitimación para interponer el recurso depende del contenido de las concretas alegaciones.

173

aa) Los recurrentes en amparo citados en III, IV y VI evidencian con sus alegaciones de modo suficientemente razonada una lesión de sus derechos análogos a los fundamentales recogidos en el art. 38.1, pues el principio democrático se habría lesionado desde el punto de vista de la merma de las competencias del Bundestag alemán.

174

El art. 38, apartados 1 y 2 LFB garantiza el derecho subjetivo a participar en la elección de los diputados del Bundestag alemán

(cfr. BVerfGE 47, 253 <269>; 89, 155 <171>). Este contenido de garantía individualizado garantiza que corresponde al ciudadano el derecho a la elección del Bundestag alemán y que sean respetados en las elecciones los principios jurídicos constitucionales de derecho electoral. La garantía se extiende también al contenido fundamental democrático de ese derecho (cfr. BVerfGE 89, 155 <171>). Con la elección se legitima el poder estatal a nivel federal no solamente conforme al art. 20, apartados 1 y 2 LFB, sino al asumir también, por medio de ella, una influencia decisiva sobre el modo de ejercerlo (cfr. BVerfGE 89, 155 <172>). Pues quienes tienen derecho a participar en las elecciones podrían escoger entre los partidos y candidatos que concurren, que se presentan con diferentes propuestas y conceptos políticos a las elecciones.

175

El acto electoral perdería su sentido, si el órgano estatal elegido no cuenta de modo suficiente con funciones y competencias, en las cuales pueda reflejarse el legítimo poder de actuación. El Parlamento es portador, en otras palabras, no solamente de una abstracta «responsabilidad de garantía» sobre la actuación soberana de otras asociaciones gubernamentales, sino la concreta responsabilidad relativa a la actuación de la organización estatal. La Ley Fundamental de Bonn ha declarado intangible esa conexión legitimadora entre quienes gozan de derecho de sufragio y el poder estatal, mediante el art. 23.1, frase 3, en relación con el art.79.3 y el art. 20, apartados 1 y 2 LFB. El art. 38.1, frase 1 LFB excluye, en el ámbito de aplicación del art. 23 LFB, la posibilidad de vaciar de tal modo de contenido la legitimación del poder estatal y la influencia en su ejercicio derivada de las elecciones, por medio de la modificación de funciones y competencias del Bundestag a nivel europeo, que se lesione el principio democrático (cfr. BVerfGE 89, 155 <172>).

176

bb) En tanto que los recurrentes en amparo citados en III, IV, V y VI invocan que la Unión Europea no está suficientemente legiti-

mada democráticamente, se ven facultados para su recurso por el art. 38.1, frase 1 LFB.

177

Quienes tienen derecho a voto podrían alegar la relevancia constitucional del déficit de legitimación democrática de la Unión Europea a partir del mismo derecho que permite alegar frente al déficit de la democracia estatal interna en los ámbitos competenciales afectados por medio de la integración europea. La interrelación entre el art. 38.1, frase 1 y el art. 20, apartados 1 y 2, significativa originariamente sólo en el ámbito estatal interno, experimenta mediante la progresiva integración europea, paso a paso, una ampliación. A consecuencia de la transferencia de derechos de soberanía conforme al art. 23, apartados 1 y 2 LFB, se trasladan al nivel europeo decisiones que afectan directamente a los ciudadanos. Partiendo del fundamento del principio democrático, considerado por el art. 38.1, frase 1 LFB como un derecho subjetivo amparable, puede no carecer de sentido, cuando se transfieren derechos de soberanía a la Unión Europea, el que el poder soberano ejercido a nivel europeo también esté democráticamente legitimado. Puesto que la República Federal de Alemania, conforme al art. 23.1, frase 1, sólo puede participar en una Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democráticos, debe precisamente también persistir una relación legitimadora entre quienes tienen derecho a voto y los poderes soberanos europeos, a lo cual los ciudadanos tienen un derecho, según la concepción constitucional originaria y permanente del art. 38.1, frase 1 LFB en relación con el art. 20, apartados 1 y 2 LFB.

178

cc) En tanto que los recurrentes en amparo citados en III y IV sostienen la pérdida de la estatalidad de la República Federal de Alemania, por medio de la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, su legitimación para el recurso de amparo se deriva en todo caso del art. 38.1, frase 1 LFB.

179

Quienes tienen derecho a voto poseen, según la Ley Fundamental, el derecho a decidir, «en libre decisión», sobre el cambio de identidad de la República Federal de Alemania, como el que sería provocado mediante su transformación en un Estado miembro de un Estado federal europeo y sobre la mutación de la Constitución que ello lleva consigo. El art. 146 LFB crea —como el art. 38.1, frase 1 LFB— un derecho de participación del ciudadano con derecho a voto: el art. 146 LFB confirma el derecho preconstitucional a dotarse de una Constitución, de la que nace el poder constituido y a la que está vinculado. El art. 38.1, frase 1, garantiza el derecho a contribuir a la legitimación del poder constituido y a asumir una influencia sobre su ejercicio. El art. 146 LFB formula, junto a las exigencias materiales del art. 23.1, frase 1 LFB, el límite más avanzado de la cooperación de la República Federal de Alemania en la integración europea. Es solamente el poder constituyente el competente para liberar al Estado constituido mediante la Ley Fundamental de Bonn, pero no el poder constituido.

180

A la capacidad de alegar sobre la «desestatalización» en un proceso constitucional no se opone que el art. 146 LFB no establezca ningún derecho individual susceptible de alegación, y por tanto susceptible de ser alegado en amparo en el sentido del art. 93.1, núm. 4a LFB (cfr. BVerfGE 89, 155 <180>). Pues esto no excluye que el art. 146 LFB pueda alegarse como lesionado en relación con los derechos fundamentales citados en el art. 93.1, núm. 4 LFB y los derechos análogos a los fundamentales —aquí el art. 38.1, frase 1 LFB—. La pretensión de los recurrentes en amparo citados en III y IV no está dirigida directamente a llevar a cabo una especie de referéndum. La exposición de los recurrentes citados en III y IV se dirige más bien contra la pretendida pérdida de estatalidad de la República Federal de Alemania mediante la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado y con ello también contra la tácita mutación de la Ley Fundamental de Bonn.

181
dd) En tanto que los recurrentes en amparo citados en IV, V y VI alegan la violación de otros principios estructurales del Estado sobre la base del art. 38.1, frase 1 LFB, los recursos de amparo son admisibles solamente desde el punto de vista de la supuesta lesión del principio del Estado social.

182
Los recurrentes en amparo citados en V establecen la necesaria conexión con el principio democrático directamente susceptible de alegación conforme al art. 38.1, frase 1, en el cual exponen de modo suficientemente concreto, que las posibilidades de determinación democrática del Bundestag alemán sobre el ámbito de la política social se verían de tal modo limitadas por medio de las competencias de la Unión Europea conforme al Tratado de Lisboa, que el Bundestag alemán no podría continuar desempeñando las mínimas exigencias del principio del Estado social derivadas del art.23.1, frase 3, en relación con el art. 79.3 LFB.

183
En tanto que los recurrentes en amparo citados en IV y VI invocan la lesión del principio del Estado de Derecho y del principio de separación de poderes, no evidencian una conexión equivalente. Los recursos de amparo son en esa medida inadmisibles.

184
b) Los recursos de amparo de los recurrentes citados en III y IV contra la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado son, en tanto que no se apoyan en el art. 38.1, frase 1 LFB, inadmisibles.

185
aa) En tanto que el recurrente en amparo citado en III se apoya en el derecho análogo a los derechos fundamentales del art. 20.4 LFB, no está legitimado para interponer el recurso. El recurrente no

ha probado de modo suficientemente justificado que pueda ser aquí considerado el derecho —por él postulado, preferente y susceptible de ser alegado, en virtud del art. 20.4 LFB— a abstenerse de cualquier acción que provocaría una situación de resistencia, o, en su opinión, el recurso extraordinario a «otras medidas de subsanación», concedido mediante el art. 20.4 LFB.

186

El derecho de resistencia, conforme el artículo 20.4 LFB, es un derecho excepcional subsidiario, que se toma solamente en consideración como ultima ratio y de antemano, si todos los recursos legales disponibles por parte del ordenamiento jurídico ofrecen tan pocas perspectivas de soluciones eficaces, que el ejercicio de la resistencia se configure como último recurso para preservar o restablecer el Derecho (cfr. ya, sobre el derecho de resistencia BVerfGE 5, 85 <377>). No puede alegarse por tanto una violación del art. 20.4 LFB en un proceso en el cual se buscan ya otros mecanismos jurídicos contra la supuesta relegación del ordenamiento jurídico constitucional. La cita que el art. 93.1, núm. 4a LFB hace del art. 20.4 LFB no modifica esta situación. El carácter subsidiario de este derecho permanece inalterado, desde la conformación como derecho análogo a los derechos fundamentales —también procesalmente—.

187

bb) Los recurrentes en amparo citados en III y V carecen además de la legitimación para interponer el recurso desde el punto de vista de la violación de otros derechos fundamentales y análogos a los fundamentales por medio de la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa.

188

(1) Con su afirmación de que la dignidad humana se convertiría, por medio del carácter jurídicamente vinculante de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, conforme al art. 6.1, frase 1 TUE

versión Lisboa, en un bien jurídico ponderable, no prueban los recurrentes citados en III y V de modo suficientemente motivado que sea posible una violación de su derecho fundamental en virtud del art. 1.1 LFB:

189
La regla de limitación general del art. 52.1 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales puede limitar, en todo caso, la dignidad humana garantizada en el art. 1 de la Carta, pero no el art. 1.1 LFB. Puesto que ha de distinguirse entre el nivel de derechos fundamentales europeo y el nacional. La exposición de los recurrentes carece ya de una diferenciación suficiente entre los niveles de derechos fundamentales. A ello se añade que el art. 52.1 de la Carta sólo podría ser relevante para el nivel de derechos fundamentales nacional en la medida en que por medio de dicho artículo no pudiera continuar garantizándose sustancialmente un nivel de protección de los derechos fundamentales a nivel europeo similar al otorgado por la Ley Fundamental de Bonn, en el sentido del art. 23.1, frase 1 LFB. Un déficit semejante no parece deducirse de la alegación de los recurrentes. La relativización general de la dignidad humana por ellos sostenida no se deriva sin más ni de la Carta Europea de Derechos Fundamentales ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por ella invocada. Permanece reservado a futuros procesos la posibilidad de aclarar si y en qué medida puede darse una reducción de la protección de los derechos fundamentales a un nivel europeo, a través de modificaciones del derecho primario (originario) siempre legítimamente impugnados sobre la base del artículo 1.1 LFB, y qué tipo de requisitos probatorios deberían aportarse en una alegación de estas características (sobre la violación de Derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn por medio de Derecho secundario (derivado) de la Unión cfr. BVerfGE 102, 147 <164>).

190
(2) En la medida en que el recurrente citado en III invoca ade-

más que los órganos estatales alemanes, en el ámbito de aplicación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, jurídicamente vinculante conforme al art. 6.1, frase 1 TUE versión Lisboa, se verían liberados ampliamente de la obligación del respeto a los Derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn, no expone en cualquier caso de modo suficientemente razonado que sea posible una violación de sus derechos fundamentales o análogos a los fundamentales.

191

Independientemente del alcance del ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales, en virtud del artículo 51 de la Carta, los Derechos Fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn pertenecen a los contenidos esenciales de la Constitución que limitan la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea en virtud del artículo 23.1, frase 2 de la Ley Fundamental de Bonn (cfr. BVerfGE 37, 271 <279 f.>; 73, 339 <376>). El Tribunal Constitucional Federal ejercerá su jurisdicción sobre la aplicabilidad del Derecho secundario de la Unión y otros actos de la Unión Europea, que supone la base jurídica para una acción de los tribunales y autoridades alemanes en el ámbito de soberanía de la República Federal de Alemania, únicamente en tanto que no sea ya esencialmente similar el modo en que la Unión Europea garantice una vigencia de los derechos fundamentales, según el contenido y la eficacia de la protección de los derechos fundamentales, al que se considera indispensable conforme a la Ley Fundamental de Bonn (cfr. BVerfGE 73, 339 <376, 387>; 102, 147 <164>).

192

c) Las alegaciones de los recurrentes en amparo citados en III y VI, que sostienen que el principio democrático se ve lesionado también mediante la legislación de acompañamiento, son admisibles, en tanto que se apoyan en el art. 38.1, frase 1 LFB.

193
Los recurrentes en amparo citados en III y VI exponen de modo suficientemente motivado, que es posible una violación del art. 38.1, frase 1 LFB, por medio de la legislación de acompañamiento. La legitimación para interponer recurso de amparo en virtud del art. 38.1, frase, 1 puede abarcar a leyes que se encuentren en relación directa con una Ley por la que se autoriza la adhesión a un Tratado conforme al art. 23.1, frase 2 LFB. Los recurrentes en amparo citados en VI exponen claramente que la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa y la legislación de acompañamiento constituyen una unidad procesal constitucional. La respectiva alegación, de que la legislación de acompañamiento no procura en el ámbito estatal interno las condiciones suficientes para el ejercicio del derecho de participación que se reconocen al Bundestag alemán y al Bundesrat mediante el Tratado de Lisboa, afecta al elemento democrático del art. 38.1 LFB. Con relación a la Ley de reforma, los recurrentes citados en III y VI se refieren además suficientemente a las especiales medidas de control para las leyes de reforma constitucional en virtud del art. 79. 3 en relación con el art. 20, apartados 1 y 2 LFB.

II.

194
La demanda citada en I planteada en el conflicto entre órganos constitucionales no es admisible (1). La demanda citada en II planteada en el conflicto entre órganos constitucionales sólo es admisible en la medida que la demandante invoca una vulneración de las competencias de decisión del Bundestag alemán sobre el inicio de una misión de las fuerzas armadas alemanas (2).

195
1. La demanda citada en I planteada en el conflicto entre órganos constitucionales, para cuyo enjuiciamiento debe estarse a la versión del escrito de alegaciones del demandante citado en I de 21 de octubre de 2008, no es admisible.

196

a) La demanda no es admisible en la medida en que se dirige contra el Gobierno federal. Las medidas recurridas —los acuerdos del Bundestag alemán con respecto a la aceptación de la Ley por la que se autoriza la ratificación y de las leyes de acompañamiento— son sólo imputables al Bundestag alemán, y no al Gobierno federal (véase BVerfGE 84, 304 <320 y ss.>; 86, 65 <70>; 99, 332 <336>). El Gobierno federal únicamente ha presentado en el Bundestag alemán los proyectos legislativos de la Ley por la que se autoriza la ratificación y de las leyes de acompañamiento (artículo 76.1 LFB).

197

b) En lo demás, la demanda es inadmisible.

198

aa) Con la alegación de que su derecho a participar en el trabajo del Bundestag ha sido recortado, el recurrente de la demanda citada en I no explica de forma suficiente que este derecho (véase BVerfGE 80, 188 <218>; 90, 286 <343>) puede haber resultado vulnerado o amenazado por la legislación recurrida (§ 64 párrafo 1, § 23 párrafo 1 frase 2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Es posible que la promulgación de la Ley por la que se autoriza la ratificación y los acuerdos con respecto a las leyes de acompañamiento, tal y como el recurrente de la demanda citada en I sostiene, se basen en debates insuficientes en el Bundestag; no obstante, los actos legislativos por sí mismos no vulneran derechos de participación del recurrente de la demanda citada en I.

199

bb) En la medida en que el recurrente de la demanda citada en I mantiene que su derecho como diputado del Bundestag alemán a representar al pueblo en el ejercicio de la soberanía y a proporcionar legitimación democrática ha sido vulnerado, no tiene por qué ser dirimida ni la existencia de un derecho tal, derivado por el de-

mandante del art. 38.1 LFB, ni tampoco su posible vulneración por la legislación recurrida. El demandante citado en I puede, como ciudadano de la República Federal de Alemania, interponer un recurso de amparo, y esto es lo que ha hecho. El recurso de amparo permite hacer valer la eficacia jurídica de todos los derechos que puedan derivarse del artículo 38.1 LFB, cuya violación constituye la base de la demanda en el conflicto entre órganos constitucionales. Con respecto a la demanda no existe, junto con el recurso de amparo, ningún otro interés de protección jurídica de status específico independiente.

200

cc) El demandante citado en I tampoco está legitimado para hacer valer los derechos del Bundestag alemán en su propio nombre —a modo de representante procesal o de *Organwalter* [actor del órgano] del Bundestag. La representación procesal supone una excepción al principio procesal general de que las partes en el proceso sólo pueden reivindicar derechos propios. El representante procesal requiere por ello una autorización legal expresa (véase BVerfGE 60, 319 <325>; 90, 286 <343>). La cual no se da en este caso, ya que los parágrafos 63 y 64, párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal se refieren únicamente a la representación procesal de todo el órgano por una parte del mismo, pero un diputado no es una parte del órgano en tal sentido (véase BVerfGE 2, 143 <160>; 67, 100 <126>; 90, 286 <343 y ss.>; 117, 359 <367 y ss.>). Únicamente los elementos que son, de conformidad con el Reglamento parlamentario, permanentes pueden hacer valer, en cuanto que partes del órgano, derechos del Bundestag. El diputado individual no constituye un «elemento» del Bundestag de tales características.

201

2. La demanda citada en II planteada en el conflicto entre órganos constitucionales es parcialmente admisible.

202

a) El demandante citado en II, en su calidad de grupo parlamentario del Bundestag alemán, está legitimado para ser parte en el conflicto entre órganos constitucionales (parágrafo 13, núm. 5, parágrafo 63 y ss. de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). El grupo parlamentario, en la medida en que es un elemento permanente de conformidad con el Reglamento del Bundestag, puede hacer valer en su propio nombre derechos que corresponden al Bundestag (véase BVerfGE 1, 351 <359>; 2, 143 <165>; 104, 151 <193>; 118, 244 <255>). El Bundestag alemán, frente al que se dirige la demanda, según la interpretación de las alegaciones hechas en la misma, puede ser parte demandada (parágrafo 63 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal).

203

b) El demandante de la demanda citada en II está parcialmente legitimado para recurrir.

204

aa) Con su alegación de que la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa vulnera la reserva parlamentaria prevista en la Constitución en materia de defensa (véase BVerfGE 90, 286 <383>), el demandante citado en II expone de forma suficiente que los derechos del Bundestag alemán pueden haber sido vulnerados o directamente amenazados por la referida Ley (parágrafo 23, párrafo 1, frase 2, parágrafo 64, párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). El demandante citado en II manifiesta que el Bundestag a través de las disposiciones del Tratado de Lisboa pierde sus competencias de decisión sobre el empleo de las fuerzas armadas alemanas en el ámbito de las intervenciones en crisis europeas, dado que es el Consejo el que, de conformidad con el artículo 42.4 TUE versión Lisboa, decide sobre el «inicio de una misión». Puesto que dicho acuerdo no tiene que ser adoptado de conformidad con las prescripciones constitucionales de los Estados miembros, se plantea la cuestión de si el representante del Gobier-

no alemán en el Consejo está obligado a, antes de que se celebre la correspondiente votación en el Consejo, recabar el consentimiento del Bundestag alemán.

205

No cabe rechazar la legitimación para recurrir con el argumento de que se trata únicamente de un proceso prohibido en sí mismo. La representación procesal prevista en el parágrafo 64, párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal sitúa el conflicto entre órganos constitucionales en la realidad del juego de fuerzas político, en el que la división de poderes no se realiza tanto en la confrontación clásica entre titulares fijos de soberanía, sino que se realiza sobre todo a través del reconocimiento de derechos de la oposición y de las minorías. El sentido y la finalidad de la representación procesal residen por tanto no sólo en mantener la capacidad de la oposición y de la minoría parlamentaria para poder alegar los derechos del Bundestag cuando éste no quiera defender sus derechos, en especial en relación con el Gobierno federal al que sustenta (véase BVerfGE 1, 351 <359>; 45, 1 <29 y ss.>; 121, 135 <151>), sino también cuando la minoría parlamentaria quiere hacer valer los derechos del Bundestag contra la mayoría parlamentaria que sustenta políticamente al Gobierno federal (véase Lorenz, en: *Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo 1, 1976, p. 225 <253 y ss.>). El reconocimiento de la competencia de representación procesal es tanto expresión de la función de control del Parlamento como también instrumento de la protección de las minorías (véase BVerfGE 45, 1 <29 y ss.>; 60, 319 <325 y ss.>; 68, 1 <77 y ss.>; 121, 135 <151>; Schlaich/Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7ª ed., 2007, marginal 94).

206

bb) El demandante citado en II carece de capacidad para demandar por lo que se refiere a la alegación de que la Ley por la que se autoriza la ratificación transfiere competencias de decisión democráticas más allá del límite permitido en el art. 23.1, frase 3 en

relación con el art. 79.3 LFB. La demandante en II no explica de forma suficiente cómo la Ley por la que se autoriza la ratificación podría vulnerar o poner directamente en peligro los derechos del Bundestag alemán (parágrafo 23, párrafo 1, frase 2, parágrafo 64, párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). El principio democrático garantizado en los apartados 1 y 2 del artículo 20 LFB, incluso en la medida en que es declarado intangible por el art. 79.3 LFB, no es un derecho del Bundestag. No hay lugar para un control abstracto de carácter general, no vinculado a los derechos del Bundestag, de la constitucionalidad de una medida impugnada en el conflicto entre órganos (véase BVerfGE 68, 1 <73>; 73, 1 <30>; 80, 188 <212>; 104, 151 <193 y ss.>).

C.

I.

207

Los recursos de amparo referidos en III y IV están, en la medida en que son admisibles, parcialmente motivados. La Ley por la que se amplían y fortalecen los derechos del Bundestag y del Bundesrat en materias de la Unión Europea no contiene normas que resultaban obligadas, resultando en tal medida inconstitucional. Por lo demás, las demandas de amparo y la demanda del demandante citado en II planteada en el conflicto entre órganos constitucionales resultan, en la medida en que son admisibles, infundadas. En función de los argumentos esgrimidos, en contra de la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa y de la Ley para la reforma de la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) no existen dudas relevantes de constitucionalidad.

208

1. El parámetro de control para la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa se determina en función del derecho de sufragio como derecho fundamental (art. 38.1, frase 1, en

relación con el art. 93.1, núm. 4a LFB). El derecho de sufragio justifica una aspiración a la autodeterminación democrática, a una participación libre e igual en el poder público que se ejerce en Alemania, así como a la observación del orden democrático incluyendo el respeto al poder constituyente del pueblo. La verificación de una vulneración del derecho de sufragio comprende, en las circunstancias procesales que aquí concurren, también injerencias en los principios que el art. 79.3 LFB determina como identidad de la Constitución (véase BVerfGE 37, 271 <279>; 73, 339 <375>).

209

a) El artículo 38.1 LFB garantiza a cada alemán legitimado para votar el derecho a elegir a los diputados del Bundestag alemán. Mediante la elección general, libre e igual de los diputados del Bundestag alemán, el pueblo federal expresa su voluntad política de forma directa. Se gobierna a sí mismo periódicamente mediante la mayoría (artículo 42.2 LFB) que ha resultado así elegida en la Asamblea representativa. A partir de la misma se elige al Canciller —y así al Gobierno federal—; ante la cual es responsable. La elección de los diputados es, en el plano federal del Estado determinado por la Ley Fundamental, la fuente del poder público, que emana del pueblo una y otra vez con cada elección periódicamente celebrada (art. 20.2 LFB).

210

El derecho de sufragio es la pretensión subjetiva más importante garantizada por la Ley Fundamental de los ciudadanos a la participación democrática (art. 20.1 y 2 LFB). En el orden estatal creado por la Ley Fundamental le corresponde a la elección de los diputados del Bundestag alemán una importancia decisiva. Sin la elección libre e igual de dicho órgano, que posee una influencia decisiva sobre el Gobierno y la legislación del Bund, el principio constitutivo de la libertad personal resultaría incompleto. El ciudadano puede por ello alegar, invocando el derecho de sufragio, la vulneración de los principios democráticos mediante el recurso de amparo (art.

38.1, frase 1, art. 20.1 y 2 LFB). El derecho de cada ciudadano a una participación igual en la autodeterminación democrática (derecho de participación democrática) puede resultar también vulnerado al ser alterada la organización del poder público de tal manera que la voluntad del pueblo no pueda ser conformada de forma efectiva en el sentido del art. 20.2 LFB y los ciudadanos no puedan gobernar a través de la voluntad de la mayoría. El principio de la democracia representativa puede resultar vulnerado cuando en la estructura institucional constitucional los derechos del Bundestag resulten reducidos de forma considerable y con ello se produzca una pérdida sustancial de poder de organización democrática para el órgano constitucional conformado de forma directa a través de los principios del voto libre e igual (véase BVerfGE 89, 155 <171 y ss.>).

211

a) El derecho de los ciudadanos a determinar en libertad e igualdad, a través de elecciones y otras votaciones, el poder público de forma personal y objetiva constituye el elemento fundamental del principio democrático. El derecho a la participación libre e igual en el poder público está anclado en la dignidad de la persona (art. 1.1 LFB). Pertenece a los principios del Derecho constitucional alemán fijados como inmodificables en el art. 20.1 y 2 LFB en conexión con el art 79.3 LFB.

212

aa) En la medida en que en el ámbito público se tomen decisiones vinculantes para los ciudadanos, en especial con afectación de los derechos fundamentales, estas decisiones deben tener su origen en la voluntad mayoritaria del pueblo libremente formada. El orden conformado por la Ley Fundamental parte del valor intrínseco y de la dignidad de la persona, capacitada para la libertad. Dicho orden consiste en el imperio del Derecho, sobre la base de la autodeterminación del pueblo, de conformidad con la voluntad de la correspondiente mayoría en libertad e igualdad (véase BVerfGE 2, 1 <12>). Los ciudadanos no están según esto sometidos a poder po-

lítico alguno del que no puedan liberarse y que no puedan determinar en principio de forma personal y objetiva por igual en libertad.

213

bb) Para el orden estatal establecido por la Ley Fundamental, una autodeterminación del pueblo conformada por elecciones y votaciones de conformidad con el principio de mayoría es esencial. Aquélla opera en un espacio de formación de opinión pública y libre y en la competencia organizada entre fuerzas políticas, en la relación entre un gobierno sometido a responsabilidad y la oposición parlamentaria. El ejercicio de poder público se somete al principio de mayoría con la normal formación de un gobierno responsable y de una oposición válida, que tiene la posibilidad de asumir el gobierno. En especial en la elección de la asamblea de representantes del pueblo o en la elección de cargos directivos del gobierno debe poder articularse una voluntad mayoritaria en cuestiones personales o materiales, y de la votación deben poder extraerse decisiones de dirección política.

214

Esta exigencia democrática central puede ser atendida a partir de diversos modelos. Conforme al derecho de sufragio alemán, se consigue la soberanía parlamentaria representativa constitucionalmente exigida a través de que la voluntad del votante se refleje de la forma más proporcional posible en el reparto de escaños. Una decisión de la mayoría en el Parlamento representa a su vez una decisión de la mayoría del pueblo. Cada diputado es representante de todo el pueblo y por ello miembro de una representación de iguales (art. 38.1 LFB), que han alcanzado su escaño en igualdad de condiciones. La Ley Fundamental exige que cada ciudadano sea libre e igual en sentido jurídico. Para el orden constitucional esto significa que a cada ciudadano del país que esté legitimado para votar en función de su edad y si en él no concurre causa alguna de incapacidad, le corresponde una participación igual en el desempeño del poder público (véase BVerfGE 112, 118 <133 y ss.>). La

igualdad de los votantes debe entonces seguir operando en niveles posteriores de formación de la voluntad democrática, en especial, en el status de los diputados. El status de los diputados comprende por ello el derecho, garantizado en el art. 38.1 frase 2 LFB, a la participación igual en el proceso de formación de la voluntad parlamentaria (véase BVerfGE 43, 142 <149>; 70, 324 <354>; 80, 188 <218>; 96, 264 <278>; 112, 118 <133>).

215
En los sistemas presidencialistas o en un sistema de voto mayoritario, el concreto diseño de la exigencia básica de la democracia puede también realizarse de forma distinta. Pero hay una cosa común a todos los sistemas de democracia representativa: una voluntad de la mayoría, igualitaria y libre, se conforma —ya sea en la circunscripción electoral o en la Asamblea de representación proporcional— a través del acto de la votación. El sentido de la decisión de la mayoría de los votantes se refleja también en el parlamento y en el gobierno; la parte minoritaria queda como alternativa política y es relevante para la formación libre de opinión y en relación con los procedimientos formales de decisión en cuanto oposición, que tiene la posibilidad en posteriores elecciones de convertirse en la fuerza mayoritaria.

216
c) El principio democrático no puede ser alterado; es intangible (véase BVerfGE 89, 155 <182>). El poder constituyente de los alemanes, que se dotó a sí mismo de la Ley Fundamental, quiso poner un límite insuperable a cualquier evolución política futura que pudiera producirse. No está permitida ninguna modificación de la Ley Fundamental que afecte a los principios enunciados en los artículos 1 y 20 LFB (art. 79.3 LFB). Mediante la denominada garantía de perpetuidad, se priva incluso al reformador de la Constitución de la posibilidad de disponer del núcleo del orden constitucional liberal. La Ley Fundamental con ello no solamente presupone la categoría de Estado soberano de Alemania, sino que también la garantiza.

217

Puede quedar por determinar si dicha obligación, debido a la universalidad de la dignidad, la libertad y la igualdad, vincula incluso al poder constituyente, es decir, para el caso de que el pueblo alemán en libre autodeterminación, pero en una continuidad de legalidad con el orden soberano de la Ley Fundamental se dote de una nueva Constitución (véase Isensee, en: Isensee/ Kirchhof, *HStR* VII, 1992, parágrafo 166, marginales 61 y ss.; Moelle, *Der Verfassungsbeschluss nach Art. 146 GG*, 1996, pág. 73 y ss.; Stückrath, *Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität*, 1997, pág. 240 y ss.; véase también BVerfGE 89, 155 <180>). Dentro del orden de la Ley Fundamental, los principios estructurales del Estado del artículo 20 LFB, es decir, la democracia, el Estado de Derecho y el carácter social del Estado, la República, el Estado federal, así como el contenido de los derechos fundamentales imprescindible para el respeto de la dignidad de la persona, no son en ningún caso susceptibles de modificación en su esencia.

218

Desde la perspectiva del principio democrático, la vulneración de la identidad constitucional establecida en el art. 79.3 LFB es al mismo tiempo una usurpación del poder constituyente del pueblo. El poder constituyente no ha dado a los representantes y órganos del pueblo mandato alguno para poder disponer sobre la identidad constitucional. No se ha dado a ningún órgano constitucional la competencia para modificar los principios constitucionales que el art. 79.3 LFB establece como fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal vela por ello. Mediante la así llamada garantía de perpetuidad, la Ley Fundamental reacciona por un lado frente a las experiencias históricas de vaciamiento velado o abrupto de la esencia liberal de un ordenamiento fundamental democrático. Pero también pone de relieve que la Constitución de los alemanes posee, en consonancia con la evolución internacional, precisamente también desde la existencia de las Naciones Unidas, un fundamento universal, que no debe ser modificable por el Derecho positivo.

219

2. La configuración constitucional del principio democrático está abierta al objetivo de incorporar a Alemania a un orden de paz internacional y europeo. La nueva forma así posibilitada de soberanía política no está supeditada de forma esquemática a las exigencias constitucionales vigentes en el ámbito interno y no puede ser por dicho motivo evaluada, al margen de toda circunstancia, con respecto a las concretas manifestaciones del principio democrático en un Estado parte o Estado miembro. La autorización para la integración europea permite una organización diferente de la formación de la voluntad política de la que la Ley Fundamental establece para el orden constitucional alemán. Esto es aplicable hasta el límite de la identidad constitucional indisponible (art. 79.3 LFB). El principio de la autodeterminación democrática y la igual participación en el poder público no resultan afectados siquiera por el objetivo de paz y de integración de la Ley Fundamental, ni por el principio constitucional de apertura al Derecho internacional (véase BVerfGE 31, 58 <75 y ss.>; 111, 307 <317>; 112, 1 <26>; BVerfGK 9, 174 <186>).

220

a) La Constitución alemana está orientada a la apertura del orden de soberanía estatal a la cooperación pacífica entre las naciones y a la integración europea. Ni la integración en igualdad de condiciones en la Unión Europea, ni la inserción en los sistemas de mantenimiento de la paz como Naciones Unidas, implican una supeditación a poderes ajenos. Se trata, en cambio, de una vinculación libre, recíproca y en igualdad de condiciones, que garantiza la paz y que fortalece las posibilidades políticas de organización a través de una actuación conjunta y coordinada. La Ley Fundamental no protege la libertad individual —en cuanto a autodeterminación del individuo— con el objetivo de promover la decisión individual sin supeditación a compromiso alguno, ni para la imposición desconsiderada de intereses. Lo mismo es aplicable al derecho soberano de autodeterminación de la comunidad política.

221
El Estado constitucional se compromete con otros Estados que comparten el mismo fundamento de valores de libertad y de igualdad de derechos y que, como él mismo, sitúan la dignidad de la persona y los principios de igual libertad personal en el centro del ordenamiento jurídico. Los Estados constitucionales democráticos sólo pueden incrementar su influencia conformadora sobre una sociedad cada vez más variable e interconectada por encima de cualquier frontera, a través de una coordinación razonable que salvaguarde tanto su interés particular como el interés común. Sólo quien, desde la comprensión de la necesidad de un equilibrio pacífico de intereses y de la posibilidad de una organización común, se compromete, consigue el nivel de posibilidades de acción que se requiere para poder crear de forma responsable las condiciones para una sociedad libre también en el futuro. Esto es lo que la Ley Fundamental tiene en cuenta con su apertura a la integración europea y a los compromisos con el Derecho internacional.

222
b) El Preámbulo de la Ley Fundamental subraya, a partir de la experiencia de guerras devastadoras, precisamente también entre los pueblos europeos, no sólo la base moral de la autodeterminación responsable, sino también la voluntad de servir en calidad de miembro en igualdad de condiciones en una Europa Unida a la paz del mundo. Esto se concreta en las autorizaciones para la integración en la Unión Europea (art. 23.1 LFB), para participar en instituciones interestatales (art. 24.1 LFB) y para la adhesión a sistemas de seguridad colectiva mutua (art. 24.2 LFB), así como en la prohibición de guerras de agresión (art. 26 LFB). La Ley Fundamental desea la participación de Alemania en organizaciones internacionales, un orden de equilibrio pacífico y recíproco de intereses creado entre los Estados, y una cooperación organizada en Europa.

223
En los objetivos del Preámbulo se pone de relieve esta concep-

ción de la soberanía. La Ley Fundamental se distancia de una concepción autocomplaciente y autocrática de la estatalidad soberana y retorna a una perspectiva del poder del Estado singular que considera la soberanía como «libertad ordenada y vinculada internacionalmente» (von Martitz, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, tomo I, 1888, pág. 416). Rompe con todas las formas de maquiavelismo político y con una concepción rígida de la soberanía, que hasta el principio del siglo XX consideró el derecho a hacer la guerra –también una guerra de agresión – como un derecho natural del Estado soberano (véase Starck, *Der demokratische Verfassungsstaat*, 1995, pág. 356 y ss.; Randelzhofer, «Use of Force», en: Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, volumen IV, 2000, pág. 1246 y ss.), aun cuando con los Acuerdos firmados en la Conferencia de Paz de la Haya de 29 de julio de 1899, si bien todavía confirmaban el *ius ad bellum*, comenzó a imponerse una proscripción paulatina de la violencia entre Estados.

224

Por el contrario, la Ley Fundamental incluye el mantenimiento de la paz y la superación del destructivo antagonismo entre Estados europeos como objetivos políticos sobresalientes de la República federal. Según esto, la estatalidad soberana se refiere a un espacio pacificado y al orden en él garantizado sobre el fundamento de la libertad individual y de la autodeterminación colectiva. El Estado no es ni un mito ni un fin en sí mismo, sino la forma de organización producto de la historia y globalmente reconocida de una comunidad política con capacidad de acción.

225

El mandato constitucional de realización de una Europa unida que deriva del artículo 23.1 LFB y del Preámbulo (véase Schorkopf, *Grundgesetz und Überstaatlichkeit*, 2007, pág. 247) significa en especial para los órganos constitucionales alemanes que no queda a su discreción política participar o no en la integración europea. La Ley Fundamental quiere una integración europea y un orden inter-

nacional de paz: por eso no sólo rige el principio de apertura al Derecho internacional, sino también el principio de apertura al Derecho europeo.

226

c) La Ley Fundamental permite al legislador precisamente una extensa transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea. Dicha habilitación queda no obstante supeditada al requisito de que en dicho proceso se preserve la estatalidad constitucional soberana sobre la base de un programa de integración acorde con el principio de atribución singular y restringida de competencias, y desde el respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros, y que al mismo tiempo los Estados miembros no pierdan su capacidad de organización autónoma política y social de las condiciones de vida.

227

aa) El objetivo de integración pretendido para el pueblo alemán por el Preámbulo y por el artículo 23.1 de la Ley Fundamental no determina la naturaleza última de la organización política de Europa. La Ley Fundamental habilita mediante el artículo 23 LFB para la participación en un orden de cooperación de promoción de la paz supranacional. Esto no incluye la obligación de llevar a cabo la autodeterminación democrática, sin adaptación alguna, en el plano supranacional de forma idéntica a como la Ley Fundamental prescribe a nivel interno para la federación y en el artículo 28.1, frase 1 LFB también para los *Länder*, sino que permite variaciones respecto a los principios de organización de la democracia interna, que quedan condicionados por los requisitos de una Unión Europea que ha sido creada sobre el principio de la igualdad entre Estados y que ha sido negociada a partir del Derecho internacional.

228

La integración presupone la voluntad de organización conjunta y la aceptación de una formación autónoma de la voluntad comunita-

ria. La integración en una comunidad libre no exige sin embargo ni la sumisión desprovista de limitación o control constitucional alguno, ni la renuncia a la propia identidad. La Ley Fundamental no autoriza a las instituciones que actúan en nombre de Alemania a renunciar, al ingresar en un Estado federal, al derecho de autodeterminación del pueblo alemán en la forma de la soberanía de Derecho internacional de Alemania. Dicho paso corresponde exclusivamente a la voluntad directamente expresada del pueblo alemán, debido a la irrevocable transferencia de soberanía a un nuevo sujeto de legitimidad que implica.

229

bb) La Constitución vigente apunta a una senda diferente: aspira a la integración de Alemania en igualdad de condiciones en sistemas de Estados que se proporcionen recíprocamente seguridad, tales como las Naciones Unidas o la Organización del Tratado Atlántico Norte (OTAN), y a la participación en la unificación europea. El artículo 23.1 LFB, al igual que el artículo 24.1 LFB, subrayan que la República Federal de Alemania contribuye al desarrollo de una Unión Europea concebida como *Staatenverbund* [unión de Estados], a la que se transfieren derechos de soberanía. El concepto de *Verbund* [unión] comprende una asociación estrecha y permanente entre Estados que continúan siendo soberanos, una asociación que ejerce el poder público sobre la base de tratados, y cuyo ordenamiento fundamental solamente está sujeto a la libre disposición de los Estados miembros, y en la que los pueblos —es decir, los ciudadanos nacionales— de los Estados miembros continúan siendo los sujetos de la legitimación democrática.

230

Dicha relación es puesta de relieve en el artículo 23.1 frase 1 LFB, que dispone normas estructurales vinculantes para la participación de Alemania en el desarrollo de la Unión Europea. La Ley Fundamental puede, de conformidad con el artículo 23.1 frase 3 LFB, ser adaptada al desarrollo de la Unión Europea; al mismo

tiempo se impone a dicha posibilidad un límite absoluto mediante el artículo 79.3 LFB, al que se refiere dicha norma. El estándar mínimo protegido por el artículo 79.3 LFB no puede tampoco ser recortado por la integración de Alemania en estructuras supraestatales.

231

cc) La autorización para la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea o a otras organizaciones interestatales permite un desplazamiento de soberanía política a organizaciones internacionales. La autorización para ejercer competencias supranacionales deriva en todo caso de los Estados miembros de dicha organización. Por dicho motivo son ellos los que con carácter permanente continúan siendo los señores de los tratados. La fuente del poder comunitario y de la constitución europea que éste crea, en sentido funcional, son los pueblos de Europa democráticamente constitucionalizados en sus respectivos países. La «Constitución de Europa», el Derecho de los Tratados internacionales o Derecho primario, continúa siendo un ordenamiento fundamental derivado. Éste justifica una autonomía supraestatal amplia en el día a día político, pero siempre objetivamente limitada. La autonomía sólo puede ser aquí entendida —como es habitual en el Derecho de la autonomía administrativa— como un poder soberano autónomo pero derivado, es decir, cedido por otros sujetos jurídicos. Por el contrario, la soberanía internacional y la estatal exigen, precisamente por sus fundamentos constitucionales, la independencia respecto de cualquier voluntad ajena (véase Carlo Schmid, «Generalbericht in der Zweiten Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rates am 8. September 1948», en: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, *Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle*, tomo 9, 1996, pág. 20 y ss.). No depende de si una organización internacional tiene capacidad jurídica, es decir si puede actuar por su cuenta de forma vinculante como sujeto de relaciones jurídicas de Derecho internacional. Depende de cómo se configura la relación jurídica básica entre la organización internacional y los Estados

miembros o partes que han creado dicha organización y que le han conferido capacidad jurídica.

232

De conformidad con la autorización para la integración del artículo 23.1 LFB en relación con el Preámbulo, el artículo 20, el artículo 79.3 y el artículo 146 LFB, no puede haber ningún sujeto independiente de legitimación para el poder europeo de la Unión, que se pudiera constituir a sí mismo, en cierto modo, en un plano superior, con independencia de cualquier voluntad ajena y por derecho propio.

233

d) La Ley Fundamental no autoriza a los órganos estatales alemanes a transferir derechos de soberanía de tal modo que a partir de su ejercicio puedan justificarse de forma independiente nuevas competencias para la Unión Europea. Se prohíbe la transferencia de la *Kompetenz-Kompetenz* [competencia para decidir sobre las competencias] (véase BVerfGE 89, 155 <187 y ss., 192, 199>; véase también BVerfGE 58, 1 <37>; 104, 151 <210>). Incluso, un proceso de amplio alcance de progresiva autonomía de soberanía política para la Unión Europea, a través del reconocimiento de competencias cada vez más numerosas, y de una superación paulatina de las exigencias de unanimidad todavía existentes o de las todavía vigentes regulaciones de la igualdad entre Estados, solamente puede producirse, desde la perspectiva del Derecho constitucional alemán, desde la libertad de acción del pueblo autodeterminado. Tales avances en la integración deben, en razón de la Constitución, estar objetivamente limitados mediante el acto de transferencia y ser por principio revocables. Por dicho motivo —independientemente del compromiso de carácter indefinido adquirido mediante los tratados—, la retirada del proceso de integración europea no puede impedirse por otros Estados miembros ni por el poder autónomo de la Unión. No se trata de una secesión —problemática desde un punto de vista del Derecho internacional— de una

Staatsverband [asociación de Estados] (Tomuschat, «Secession and Self-Determination», en: Kohen, *Secession - International Law Perspectives*, 2006, pág. 23 y ss.), sino solamente de la salida de una *Staatenverbund* [unión de Estados] construida sobre el principio del compromiso propio reversible.

234

El principio de atribución singular y restringida de competencias es por ello no sólo un principio de Derecho europeo (artículo 5.1 TCE; artículo 5.1 frase 1 y 5.2 del TUE versión Lisboa; véase Kraußer, *Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages*, 1991), sino que toma —al igual que la obligación de la Unión Europea de respetar la identidad nacional de los Estados miembros (artículo 6.3 TUE; artículo 4.2 frase 1 TUE versión Lisboa)— principios constitucionales de los Estados miembros. El principio de Derecho europeo de atribución singular y restringida de competencias y la obligación de Derecho europeo de respeto a la identidad son en esta medida expresión en los tratados del fundamento del poder de la Unión en el Derecho constitucional estatal.

235

La obligación, en el Derecho europeo, de respetar el poder constituyente de los Estados miembros como señores de los Tratados se corresponde con la identidad intransferible, y en esa medida resistente a la integración, de la Constitución (artículo 79.3 LFB). Al Tribunal Constitucional Federal corresponde verificar, en el marco de su competencia en su caso, si dichos principios quedan protegidos.

236

e) El programa de integración de la Unión Europea debe ser suficientemente preciso. En la medida en que el pueblo no es llamado directamente a decidir, entonces solamente gozará de legitimación democrática aquello de lo que el Parlamento pueda respon-

sabilizarse (véase BVerfGE 89, 155 <212>). Las instituciones constitucionales alemanas no pueden dar una autorización en blanco para el ejercicio del poder público, ni mucho menos con fuerza vinculante directa en el ordenamiento jurídico interno (véase BVerfGE 58, 1 <37>; 89, 155 <183 y ss., 187>). En tanto que los Estados miembros configuran el Derecho de los tratados de tal manera que, bajo la vigencia del principio de atribución singular y restringida de competencias, puede producirse una modificación de los mismos sin un proceso de ratificación o puede aquélla ser decidida por las instituciones de la Unión —siquiera sea con el requisito de la unanimidad—, les corresponde, junto al Gobierno federal, a los órganos legislativos una responsabilidad especial en el marco de la participación, que en Alemania a nivel interno debe satisfacer los requisitos del artículo 23.1 LFB (responsabilidad para la integración), y que en su caso puede ser exigida en un proceso jurisdiccional constitucional.

237

aa) Cualquier integración en sistemas para el mantenimiento de la paz, en organizaciones internacionales o supranacionales, abre la posibilidad de que las instituciones así creadas, también y precisamente cuando sus órganos actúen bajo su mandato, evolucionen de forma independiente, mostrando así una tendencia a su propio reforzamiento político. Una ley de autorización para la integración —como es la Ley por la que se autoriza la ratificación— puede por ello, a pesar del principio de atribución singular y restringida de competencias, únicamente esbozar un programa dentro de cuyos límites tenga lugar un desarrollo político que no puede estar predeterminado en cada uno de sus aspectos. Quien opta por la integración debe siempre contar con la formación autónoma de la voluntad de las instituciones de la Unión. Se debe por ello asumir que existe una tendencia a la protección del acervo comunitario (*acquis communautaire*) y a la interpretación favorable a la eficacia de las competencias en el sentido de la doctrina estadounidense de los *implied powers* o de la regla del *effet utile* del Derecho de los tra-

tados internacionales (véase, respecto al buen sentido de esta norma, Gill, *The League of Nations from 1929 to 1946,* 1996; Rouyer-Hameray, *Les compétences implicites des organisations internationales,* 1962, pág. 90 y ss.; en especial en relación con el Derecho europeo, Pescatore, «Monisme, dualisme et „effet utile» dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne», en: *Festschrift für Rodríguez Iglesias*, 2003, pág. 329 y ss.; véase con respecto al correspondiente desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Höreth, Die Selbstautorisierung des Agenten, *Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum US Supreme Court*, 2008, pág. 320 y ss.). Esto forma parte del mandato de integración querido por la Ley Fundamental.

238

bb) La confianza en la fuerza constructiva del mecanismo de la integración no puede en todo caso, de conformidad con la Constitución, ser ilimitada. Cuando en el proceso de integración europea el Derecho primario es modificado por las instituciones o es interpretado de forma extensiva, se produce una significativa tensión constitucional con respecto al principio de atribución y con respecto a la responsabilidad constitucional sobre la integración de cada Estado miembro. Cuando se transfieren competencias legislativas o de ejecución de forma imprecisa o para un ulterior desarrollo, o cuando las instituciones pueden justificar nuevas competencias, terminar de perfilarlas ampliándolas o extenderlas en la práctica, corren el peligro de sobrepasar el programa de integración predeterminado y de actuar al margen de los límites de sus atribuciones. Avanzan por una senda en cuyo final se encuentra el poder de disposición sobre sus fundamentos constitucionales, es decir, la competencia para disponer sobre sus competencias. Se produce la amenaza de una vulneración del principio constitutivo de atribución y de la responsabilidad conceptual sobre la integración que corresponde a los Estados miembros, cuando las instituciones de la Unión Europea pueden decidir de forma ilimitada, sin control externo alguno —si-

quiera sea un control muy restringido y que se entienda como excepcional— cómo debe interpretarse el Derecho de los tratados.

239

Por dicho motivo se exige, de conformidad con la Constitución, no aceptar disposiciones dinámicas en blanco en los Tratados o, si es que pueden ser interpretadas de tal manera que se preserve la responsabilidad nacional sobre la integración, en todo caso establecer garantías internas apropiadas para la efectiva observación de dicha responsabilidad. La Ley por la que se autoriza la ratificación y las leyes nacionales de acompañamiento deben, según esto, configurarse de tal manera que la integración europea siga realizándose de conformidad con el principio de atribución singular y restringida de competencias, sin que quepa a la Unión Europea la posibilidad de apropiarse de la competencia sobre las competencias o de vulnerar la identidad constitucional no susceptible de integración de los Estados miembros, en este caso de la Ley Fundamental. Para aquellos casos que están en el límite de lo permitido constitucionalmente, el legislador alemán debe, en su caso, mediante sus leyes de acompañamiento de la aprobación, tomar medidas efectivas para que la responsabilidad sobre la integración de los órganos legislativos pueda desarrollarse de forma suficiente.

240

Además, dentro de la jurisdicción alemana debe ser posible poder exigir la responsabilidad sobre la integración en caso de extralimitaciones evidentes en el ejercicio de competencias por la Unión Europea —lo que también fue subrayado por los representantes legales del Bundestag alemán y del Gobierno federal en el juicio oral— y para la protección del contenido esencial inviolable de la identidad constitucional de la Ley Fundamental en el marco de un control de la identidad (véase BVerfGE 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; 113, 273 <296>). El Tribunal Constitucional Federal ha abierto al efecto el camino del control *ultra vires*, que se emplea en el caso de extralimitaciones en el ejercicio de

competencias por las instituciones comunitarias y de la Unión. Cuando no puede conseguirse la protección jurídica en el plano de la Unión, el Tribunal Constitucional Federal verifica si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos se atienen, desde el respeto al principio de subsidiariedad de Derecho comunitario y de la Unión (artículo 5.2 TCE; artículo 5.1 frase 2 y artículo 5.3 TUE versión Lisboa), a los límites de los derechos de soberanía que tienen reconocidos en virtud del principio de atribución singular y restringida de competencias (véase BVerfGE 58, 1 <30 y ss.>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>, con respecto a la norma jurídica que transgrede los límites). El Tribunal Constitucional Federal comprueba además si el contenido esencial inviolable de la identidad constitucional de la Ley Fundamental es respetado de conformidad con el artículo 23.1 frase 3 en conexión con el artículo 79.3 LFB (véase BVerfGE 113, 273 <296>). El ejercicio de dicha competencia de control, que está basada en el Derecho constitucional, sigue el principio de apertura hacia el Derecho europeo de la Ley Fundamental, y no contradice por ello el principio de cooperación leal (artículo 4.3 TUE versión Lisboa); de otro modo, las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros soberanos, reconocidas en el artículo 4.2 frase 1 del TUE versión Lisboa, no podrían quedar protegidas en el proceso de progresiva integración. A este respecto, las garantías —tanto la de Derecho constitucional como la de Derecho de la Unión— de la identidad constitucional nacional van de la mano en el espacio jurídico europeo. El control de la identidad posibilita la verificación de si a consecuencia de la actuación de las instituciones europeas resultan lesionados los principios de los artículos 1 y 20 LFB, declarados intangibles en el artículo 79.3 LFB. De este modo, se asegura que la primacía del Derecho de la Unión solamente rige en virtud de y en el marco de la aún vigente atribución constitucional.

241

Tanto el control *ultra vires* como el control de la identidad pueden conducir a que el Derecho comunitario, o en el futuro el Dere-

cho de la Unión, sea declarado inaplicable en Alemania. Para proteger la viabilidad del ordenamiento jurídico comunitario, la aplicación del Derecho constitucional abierta al Derecho europeo requiere, desde la consideración del precepto jurídico contenido en el artículo 100.1 LFB, que tanto un control *ultra vires* como el control de una vulneración de la identidad constitucional correspondan en exclusiva al Tribunal Constitucional Federal. No resulta ahora necesario decidir en qué tipo de procedimientos en concreto puede el Tribunal Constitucional Federal ejercer este control. Puede tomarse en consideración el recurso a procedimientos ya existentes, como son el control de normas abstracto (artículo 93.1.2 LFB) y concreto (artículo 100.1 LFB), el conflicto entre órganos (artículo 93.1.1 LFB), el conflicto entre la Federación y los Länder (artículo 93.1.3 LFB) y el recurso de amparo (artículo 93.1.4.a LFB). Pero también es plausible la creación por el legislador de un procedimiento adicional y específico ante la jurisdicción constitucional para el control *ultra vires* y para el control de identidad, para asegurar el deber de las instituciones alemanas de dejar sin aplicar en casos concretos las normas jurídicas de la Unión que sobrepasen sus competencias o que vulneren la identidad.

242

Si el Derecho de los tratados determina las competencias de la Unión Europea de forma tal que resultan aceptables, pero permiten posibilidades de desarrollo que pueden dar lugar a una interpretación conforme con el *effet utile* o a una ampliación implícita de las competencias transferidas, es decir, si los títulos competenciales sólo pueden ser dotados de un contenido claro mediante instrumentos jurídicos específicos en el plano de la Unión, y si los procesos de decisión pueden ser modificados en el mismo de forma autónoma, Alemania sólo podrá aceptar dichos Tratados cuando a nivel interno quede garantizado que las exigencias constitucionales son respetadas. Con la ratificación de Tratados de Derecho internacional que regulan relaciones políticas de la Federación (artículo 59.2 LFB), se garantiza con carácter general la participación, constitucionalmente

exigida, de los órganos legislativos en las relaciones exteriores (veáse BVerfGE 104, 151 <194>) y se imparte el mandato jurídico de aplicación en el ámbito interno del Derecho de los tratados aceptado por el ejecutivo (véase BVerfGE 99, 145 <158>; BVerwGE 110, 363 <366>).

243

Para la integración europea rige la reserva de ley prevista en el artículo 23.1 frase 2 LFB, de conformidad con la cual los derechos de soberanía sólo pueden ser transferidos mediante ley y con la aprobación del Bundesrat. Dicha reserva de ley debe ser interpretada, para preservar la responsabilidad sobre la integración y para la protección de la estructura constitucional, de tal manera que se aplique a cualquier modificación de las normas constitutivas del Derecho primario europeo. Los órganos legislativos de la Federación ejercen así su responsabilidad política, que es equiparable a la que les corresponde en el proceso de ratificación, también en procesos simples de reforma o de matización de los tratados, en modificaciones competenciales que poseen ya base jurídica pero que requieren concreción mediante otras disposiciones jurídicas, y en la modificación de disposiciones que afectan a los procesos de decisión. De este modo se garantiza una protección jurídica similar a la que proporciona un proceso de ratificación.

244

3. La construcción de la Unión Europea debe cumplir con los principios democráticos (artículo 23.1, artículo 20.1 y 2, en conexión con el artículo 79.3 LFB) tanto en la forma y alcance de la transferencia de derechos de soberanía como también en la conformación organizativa y procedimental del poder de acción autónomo de la Unión. La integración europea no debe conducir ni a un vaciamiento del sistema de soberanía democrática en Alemania (a) ni el poder público supranacional en cuanto a tal puede incumplir principios democráticos fundamentales (b).

245

a) A los órganos constitucionales alemanes les corresponde una responsabilidad sobre la integración permanente. Dicha responsabilidad se dirige a velar por que, en lo que respecta a la transferencia de derechos de soberanía y en la conformación de los procesos de decisión europeos, tanto el sistema político de la República Federal de Alemania como también el sistema de la Unión Europea, en un análisis conjunto, respondan a los principios democráticos en el sentido del artículo 20.1 y 2, en conexión con el artículo 79.3 LFB.

246

La elección de los diputados del Bundestag alemán por el pueblo solamente cumple su papel fundamental en el sistema de interdependencia de soberanía federal y supranacional si el Bundestag alemán, en cuanto a representante del pueblo, y el Gobierno federal por él sostenido, conservan una influencia decisiva sobre la evolución política en Alemania. Esto se produce cuando el Bundestag alemán conserva deberes y competencias propias de peso político sustancial, o cuando el Gobierno federal, responsable políticamente ante él, logra ejercer una influencia considerable en los procesos de decisión europeos (véase BVerfGE 89, 155 <207>).

247

aa) La federalización hacia el interior y la supranacionalización hacia el exterior pueden abrir nuevas posibilidades de participación ciudadana. A partir de las mismas, se genera una cohesión reforzada compuesta de unidades más o menos grandes y mejores posibilidades de un equilibrio pacífico de intereses entre las regiones y los Estados. Las interdependencias federales o supranacionales dan lugar a posibilidades de acción que de otro modo chocarían con límites prácticos o territoriales, y facilitan el equilibrio pacífico de intereses. Pero a su vez dificultan la formación de una voluntad mayoritaria que pueda lograr imponerse y que emane directamente del pueblo (artículo 20.2 frase 1 LFB). Se reduce la transparencia

en la atribución de decisiones a actores específicos responsables de las mismas, con la consecuencia de que los ciudadanos apenas se orientan, a la hora de ejercer su derecho de voto, por nexos de responsabilidad tangibles. El principio democrático impone por tanto límites de contenido a la transferencia de derechos de soberanía, que no derivan ya de la indisponibilidad del poder constituyente y de la soberanía estatal.

248

bb) El mantenimiento de la soberanía exigido por el principio democrático en el sistema constitucional vigente, en la forma prescrita por la Ley Fundamental, es decir, en el sentido de apertura a la integración y al Derecho internacional, no implica por sí solo que deban quedar en manos del Estado una cantidad previamente determinable o determinadas tipos de derechos de soberanía. La participación, permitida por el artículo 23.1 frase 1 LFB, de Alemania en el desarrollo de la Unión Europea comprende, junto con la creación de una comunidad económica y monetaria, también una unión política. Unión política significa el ejercicio conjunto de poder público, incluyendo el legislativo, que incluso comprende los ámbitos nucleares tradicionales del ámbito competencial estatal. Esto trae causa de la idea europea de paz y unificación, en especial en lo relativo a la coordinación de condiciones transfronterizas de vida y en la garantía de un espacio común económico y jurídico, en el que el ciudadano de la Unión pueda desenvolverse libremente (artículo 3.2 TUE, versión Lisboa).

249

cc) La unificación europea, que descansa sobre la base de una unión, mediante tratados internacionales, de Estados soberanos, no puede en todo caso ser llevada a cabo de modo tal que los Estados miembros no conserven espacio suficiente para la ordenación política de las condiciones de vida económicas, culturales y sociales. Esto es especialmente aplicable a los ámbitos materiales que impregnan las circunstancias vitales de los ciudadanos, sobre todo su

ámbito privado de responsabilidad personal y de seguridad personal y social, que están protegidos por los derechos fundamentales, así como a aquellas decisiones políticas que dependen de forma especial de presupuestos culturales, históricos y lingüísticos, y que se desarrollan a través de debates en un espacio político público estructurado por la política de partidos y el parlamento. Ámbitos fundamentales de conformación democrática son, entre otros, la ciudadanía estatal, el monopolio de la fuerza civil y militar, los ingresos y los gastos incluyendo el endeudamiento, así como los supuestos de vulneración que son relevantes para la realización de los derechos fundamentales, en especial en caso de injerencias de gran intensidad, tales como la privación de libertad en el ámbito del Derecho penal o las medidas de internamiento. Entre dichos ámbitos materiales se cuentan también las cuestiones culturales, como las decisiones sobre la lengua, la conformación de las relaciones familiares y educativas, la ordenación de la libertad de opinión, prensa y reunión, o el tratamiento de las creencias religiosas o de las posiciones ideológicas.

250

dd) La democracia no implica sólo la protección de principios formales de organización (véase BVerfGE 89, 155 <185>) y no es sólo una asociación cooperativa de grupos de interés. La democracia vive en primer lugar de, y en el contexto, de una opinión pública eficiente, que se preocupe de las directrices políticas más importantes y de la provisión periódica de los cargos políticos más relevantes en competencia entre el gobierno y la oposición. Es únicamente dicha opinión pública la que hace visibles las alternativas para las elecciones y las votaciones, y las tiene en cuenta permanentemente para las decisiones materiales singulares, a fin de que continúen estando siempre presentes y sean efectivas en la formación de la voluntad política del pueblo a través de los partidos, abiertos a la participación de todos los ciudadanos, y en el ámbito público de información. Los artículos 38, 20.1 y 2 LFB protegen, en dicha medida también, la relación entre la decisión política

material y la voluntad mayoritaria emanada de las urnas, con el dualismo gobierno-oposición que de ella deriva, en un sistema de pluralidad de partidos concurrentes y de formación de una opinión pública que observa y controla.

251

Aun cuando a través de los grandes éxitos de la integración europea se esté creando ostensiblemente una opinión pública común europea, que coopera con reciprocidad en los respectivos ámbitos de influencia de los Estados (véase al respecto BVerfGE 89, 155 <185> ; Trenz, *Europa in den Medien, Die europäische Integration im Spiegel nationaler Öffentlichkeit*, 2005), no puede pasarse por alto que la percepción pública de cuestiones materiales y de los dirigentes políticos permanece vinculada, de forma considerable, al modelo de identificación estatal-nacional, lingüístico, histórico y cultural. Tanto el principio democrático como el principio de subsidiariedad, también estructuralmente exigido por el artículo 23.1 frase 1 LFB, exigen por ello, precisamente en los ámbitos políticos centrales del espacio del desarrollo personal y de determinación social de las condiciones de vida, limitar materialmente, en forma predecible, la transferencia y el ejercicio de derechos de soberanía a la Unión Europea. En dichos ámbitos se plantea particularmente la posibilidad de trazar una línea divisoria allí donde resulta materialmente necesaria la coordinación de circunstancias con una dimensión transfronteriza.

252

Desde siempre se han considerado como especialmente sensibles para la capacidad de un Estado constitucional de regirse a sí mismo de forma democrática las decisiones sobre el Derecho penal material y formal (1), la capacidad de disposición sobre el monopolio de la fuerza, con respecto a la policía en el interior, y al ejército en el exterior (2), las decisiones fiscales fundamentales sobre los ingresos y gastos públicos —en especial también los motivados por la política social— (3), la conformación de las condiciones de vida

en un Estado social (4), así como las decisiones culturales especialmente relevantes, por ejemplo sobre el Derecho de familia, el sistema escolar y educativo o sobre las relaciones con las comunidades religiosas (5).

253

(1) La tutela del Derecho penal, tanto en lo relativo a los requisitos de la culpabilidad penal como también en cuanto a los conceptos de proceso penal justo y adecuado, está en función de previas nociones culturales, que se han gestado históricamente y que están también determinadas por la lengua, y de las alternativas que se forman a partir del proceso de deliberación, que afectan a la opinión pública correspondiente (véase al respecto Weigend, «Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?», *ZStW* 1993, p. 774 <785>). La correspondiente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las garantías en el proceso penal ilustra las características comunes a este respecto, pero también las diferencias entre las naciones europeas (véanse las aportaciones de Bank, Capítulo 11; Grabenwarter/Pabel, Capítulo 14, y Kadelbach, Capítulo 15, en: Grote/Marauhn, *EMRK/GG*, 2006; Gollwitzer, *Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR,* 2005). Pero la penalización de una conducta social puede derivarse, a efectos normativos, solamente en parte de los valores y de las premisas morales compartidas en Europa. La decisión sobre la conducta punible, sobre el rango de los bienes jurídicos y sobre el sentido y la medida de la amenaza penal, se deja fundamentalmente al proceso de decisión democrático (véase BVerfGE 120, 224 <241 y ss.>). En dicho ámbito de relevancia para los derechos fundamentales, una transferencia de derechos de soberanía que vaya más allá de la cooperación intergubernamental puede conducir a una armonización únicamente en asuntos transfronterizos bajo presupuestos restrictivos; en este sentido, deben en principio preservarse ámbitos de libre acción sustanciales de los Estados miembros (véase BVerfGE 113, 273 <298 y ss.>).

254

(2) La Ley Fundamental traza un límite establecido de forma similar para las decisiones sobre el empleo del ejército federal. Con la excepción del estado de defensa, el despliegue de tropas en el extranjero sólo está permitido en sistemas de seguridad colectiva recíproca (artículo 24.2 LFB), dependiendo cada concreta misión necesariamente de la aprobación por el Bundestag alemán (véase BVerfGE 90, 286 <381 y ss.>; 100, 266 <269>; 104, 151 <208>; 108, 34 <43>; 121, 135 <153 y ss.>; doctrina consolidada). El ejército federal es un «ejército parlamentario» (BVerfGE 90, 286 <382>), sobre cuyas misiones debe decidir el órgano de representación del pueblo (véase BVerfGE 90, 286 <383 y ss.>). El despliegue de las fuerzas armadas resulta decisivo para los bienes jurídicos individuales de las y los soldados, así como de otros afectados por las medidas militares, e implica el peligro de complicaciones de largo alcance.

255

Aunque la Unión Europea se convirtiera en un sistema regional de mantenimiento de la paz y seguridad colectiva mutua en el sentido del artículo 24.2 LFB, no es admisible en este ámbito una comunitarización que implique un principio de primacía con respecto a las misiones concretas de las fuerzas armadas alemanas, debido al mandato de paz y democracia que precede a la autorización para la integración del artículo 23.1 LFB. La reserva parlamentaria obligatoria para las misiones del ejército federal en el extranjero no puede ser objeto del proceso de integración. Con ello, sin embargo, no se pone por la Constitución un límite infranqueable a la integración técnica de una misión europea de fuerzas armadas a través de mandos militares comunes, ni a la creación de dispositivos de fuerzas armadas comunes, ni a la regulación o coordinación del abastecimiento común europeo de armamento. Únicamente la decisión sobre el inicio de una concreta misión de las fuerzas armadas depende necesariamente de la aprobación del Bundestag alemán.

256

(3) Se produciría una transferencia del derecho del Bundestag sobre el Presupuesto contraria al contenido sustancial del principio democrático y al derecho de elección del Bundestag alemán, si se comunitariza en lo fundamental la determinación de la clase e importe de los impuestos que afectan a los ciudadanos. El Bundestag alemán debe decidir, de forma responsable con respecto al pueblo, sobre la suma de las cargas de los ciudadanos. Lo mismo es aplicable a los gastos fundamentales del Estado. En dicho ámbito, la responsabilidad de la política social corresponde precisamente al proceso de toma de decisiones democrático, sobre el que los ciudadanos quieren influir con el sufragio libre e igual. La soberanía sobre el Presupuesto es el ámbito en el que tienen lugar las decisiones políticas conceptuales sobre la relación entre las cargas económicas y los beneficios garantizados por el Estado. Por ello, el debate parlamentario sobre el Presupuesto —incluyendo el alcance del endeudamiento— se considera como un debate político general. No toda obligación, europea o internacional, que tenga un efecto sobre el Presupuesto, amenaza la capacidad de decisión del Bundestag en cuanto a legislador presupuestario. La apertura, pretendida por la Ley Fundamental, del orden jurídico y social y la integración europea requieren la adaptación a pautas y a compromisos que el legislador presupuestario debe integrar en su propia planificación, como factores ajenos a su influencia directa. Lo decisivo es, sin embargo, que la responsabilidad general, con espacios de discrecionalidad política suficientes con respecto a ingresos y gastos, pueda todavía ser asumida en el Bundestag alemán.

257

(4) El principio del Estado social fundamenta la obligación del Estado de procurar un orden social justo (véase BVerfGE 59, 231 <263>; 100, 271 <284>). Al Estado corresponde cumplir dicho deber a partir de un amplio ámbito de discrecionalidad, por lo que hasta ahora sólo en pocos casos se han derivado de dicho principio obligaciones constitucionales de actuaciones concretas. El Estado

solamente debe crear las condiciones mínimas que permitan una existencia digna a sus ciudadanos (véase BVerfGE 82, 60 <80>; 110, 412 <445>). El principio del Estado social impone al Estado un deber, aunque nada dice de los medios con que dicho deber debe ser realizado en concreto.

258

Los requisitos constitucionales para una integración social o una «Unión social» están claramente delimitados. De conformidad con el propio artículo 23.1 frase 1 LFB, la participación de Alemania en el proceso de integración depende del compromiso de la Unión Europea con, entre otros, los principios sociales. La Ley Fundamental consigue así no sólo asegurar, con carácter defensivo, los deberes sociales de la asociación alemana de Estados (*Staatsverband*) frente a las demandas supranacionales, sino que quiere también comprometer al poder público europeo, en su ámbito de tareas transferidas, con la responsabilidad social (véase Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, pág. 531 y ss.). Lo que en todo caso es también aplicable a las instituciones de la Unión Europea es que el principio del Estado social, para ser efectivo, requiere necesariamente de concreción política y jurídica.

259

De conformidad con ello, las decisiones fundamentales de política social deben ser adoptadas por los órganos legislativos alemanes bajo su propia responsabilidad. En particular, la garantía de subsistencia del individuo, un deber del Estado no sólo basado en el principio del Estado social, sino también en el artículo 1.1 LFB, debe continuar siendo la primera obligación de los Estados miembros, incluso aun cuando no se excluya la posibilidad de coordinación, que puede llegar a ser incluso una equiparación paulatina. Esto es lo que corresponde con las posibilidades, jurídica y fácticamente limitadas, de la Unión Europea de conformar estructuras de Estado social.

260

(5) Finalmente, la autodeterminación democrática depende especialmente de la posibilidad de autorrealización en el propio espacio cultural, en lo que respecta a las decisiones que se toman en particular respecto al sistema escolar y educativo, el Derecho de familia, la lengua, ámbitos parciales de la regulación de los medios, y con respecto al status de iglesias, comunidades religiosas e ideológicas. Las actividades de la Unión Europea en estos ámbitos que son ya perceptibles operan sobre la sociedad en un nivel que corresponde a la responsabilidad primera de los Estados miembros y de las unidades infraestatales que los componen. La ordenación de los planes de estudio y de los contenidos educativos, así como, por ejemplo, la estructura de un sistema educativo organizado en distintos niveles, constituyen decisiones políticas fundamentales que guardan una estrecha relación con las raíces culturales y los valores de cada Estado. La concreta ordenación del sistema educativo y de la educación se basa, igual que el Derecho que regula las relaciones familiares y las decisiones sobre las cuestiones lingüísticas, así como las referencias a lo trascendente en la vida pública, en gran medida en maduras convicciones y valores enraizadas en las tradiciones y experiencias históricas específicas. La autodeterminación democrática requiere en este punto que la comunidad política respectiva, que se encuentra cohesionada por tales tradiciones y convicciones, continúe siendo el sujeto de la legitimación democrática.

261

b) La cláusula de garantía de la estructura contenida en el artículo 23.1 frase 1 LFB limita el objetivo de participación, establecido en la determinación de los fines del Estado, a una Unión Europea que se corresponda, en sus estructuras elementales, con los principios nucleares que están protegidos por el artículo 79.3 LFB, también frente a su posible reforma por el propio poder reformador de la Constitución. La construcción de la Unión Europea con respecto a derechos de soberanía transferidos, instituciones y procedimientos de decisión, debe responder a principios democráticos (artículo 23.1 frase 1 LFB).

Los concretos requisitos respecto a los principios democráticos dependen del alcance de los derechos de soberanía transferidos y del grado de autonomía del proceso de decisión.

262

aa) Las exigencias constitucionales del principio democrático con respecto a la estructura organizativa y los procedimientos de decisión de la Unión Europea están en función del alcance con que los deberes de soberanía se transfieren a la Unión y de cuán alto sea el grado de autonomía política a la hora de hacer uso de los derechos de soberanía transferidos. Una profundización de la integración puede ser inconstitucional si el nivel de legitimación democrático no se corresponde con la extensión y el peso del poder soberano supranacional. Hasta y en tanto que se siga preservando el principio de atribución singular y restringida de competencias en una unión (*Verbund*) de Estados soberanos con marcados rasgos de cooperación ejecutiva y gubernamental, resulta en principio suficiente la legitimación conferida por los Estados miembros a través de los parlamentos nacionales y los gobiernos, legitimación que se complementa y apoya en el Parlamento Europeo, que es directamente elegido (véase BVerfGE 89, 155 <184>).

263

Si por el contrario se traspasara el umbral del Estado federal y de la renuncia a la soberanía nacional, lo que en Alemania requiere una libre decisión del pueblo que trasciende la vigencia actual de la Ley Fundamental, las exigencias constitucionales deberían ser cumplidas en un nivel que fuera plenamente equiparable a las exigencias de legitimidad democrática de una asociación soberana (*Herrschaftsverband*) organizada como un Estado. Dicho nivel de legitimidad ya no podría venir exigido por las disposiciones constitucionales nacionales.

264

Se produciría un déficit democrático estructural no aceptable de

conformidad con el artículo 23, en conexión con el artículo 79.3 LFB, si la extensión de las competencias, el poder de dirección política y el grado de autonomía en la formación de la opinión de las instituciones de la Unión, alcanzaran un nivel similar al nivel de la Federación en un Estado federal (es decir, un nivel análogo al de un Estado), porque por ejemplo las competencias legislativas esenciales para la autodeterminación democrática se ejercieran principalmente en el plano de la Unión. Si se produce, en el curso de la evolución del proceso de integración europea, un desequilibrio entre la clase y el alcance de los derechos de soberanía ejercidos y el grado de legitimación democrática, le corresponde a la República Federal de Alemania, sobre la base de su responsabilidad con respecto a la integración, impulsar una reforma y, en último extremo, incluso rechazar seguir participando en la Unión Europea.

265

bb) Para la protección de los principios democráticos puede ser necesario destacar claramente el principio de atribución singular y restringida de competencias en los Tratados y en su aplicación e interpretación, a fin de mantener el equilibrio de las fuerzas políticas de Europa, entre los Estados miembros y el plano de la Unión, como presupuesto para la distribución de derechos de soberanía a la unión (*Verbund*).

266

Con respecto al cumplimiento de los principios democráticos por la Unión Europea, el artículo 23.1 frase 1 LFB no exige sin embargo «congruencia estructural» («*strukturelle Kongruenz*») (sobre este concepto, véase Kruse, «Strukturelle Kongruenz und Homogenität», en: *Mensch und Staat in Recht und Geschichte, Festschrift für Herbert Kraus,* 1954, p. 112 <123>), ni siquiera coincidencia entre el orden institucional de la Unión Europea y el orden que el principio democrático de la Ley Fundamental prescribe para el nivel estatal interno. Se requiere, no obstante, una construcción democrática adecuada al estatus y a la función de la Unión (véase Hobe,

Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, p. 153; Pernice, en: Dreier, *GG*, tomo II, 2ª ed., 2006, Artículo 23, marginal 48; Rojahn, en: von Münch/Kunig, *GG*, tomo 2, 5ª ed., 2001, Artículo 23, marginal 21; Röben, *Außenverfassungsrecht*, 2007, p. 321: «compatibilidad estructural» [«strukturelle Kompatibilität»]). Se deduce del sentido y finalidad de la cláusula de garantía de la estructura que el principio democrático de la Ley Fundamental no tiene por qué ser realizado en el plano europeo del mismo modo en que todavía en los años 50 y primeros 60 se exigía para las organizaciones intergubernamentales en el sentido del artículo 24.1 LFB (véase, por ejemplo, Kruse, op. cit., p. 112 <123>; Friauf, «Zur Problematik rechtsstaatlicher und demokratischer Strukturelemente in zwischenstaatlichen Gemeinschaften», *DVBl,* 1964, p. 781 <786>).

267

Básicamente, el principio democrático se encuentra abierto a las demandas de una organización supranacional, no para adaptarse en su contenido normativo a la respectiva realidad fáctica de la organización política en cuestión, sino para preservar una misma efectividad en distintas circunstancias (véase BVerfGE 107, 59 <91>). El artículo 23.1 frase 1 LFB parte así de la base de que los principios democráticos no pueden ser realizados en la Unión Europea de la misma manera que en la Ley Fundamental (véase el Boletín Oficial del Parlamento Federal núm. 12/3338, p. 6).

268

cc) En los Estados territoriales modernos, la autodeterminación de un pueblo se materializa principalmente en la votación de las instituciones de una unión soberana que ejerce el poder público. Las instituciones deben ser conformadas en función de la decisión mayoritaria de los ciudadanos, que pueden ejercer periódicamente influencia sobre la dirección política fundamental —tanto respecto a las personas como en cuanto a las materias. Una opinión pública libre y una oposición política deben ser capaces de evaluar

críticamente las grandes líneas del proceso de toma de decisiones y de imputarlo razonablemente a sus responsables —esto es, normalmente a un gobierno (véase artículo 20.2 frase 2 LFB; BVerfGE 89, 155 <185>; 97, 350 <369> ; desde una perspectiva de Derecho comparado, Cruz Villalón, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich», en: von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, tomo I, 2007, parágrafo 13, marginal 102 y ss., para más referencias).

269

Las manifestaciones concretas de la democracia realizan estos parámetros bajo la observancia de los principios de libertad e igualdad de voto, o bien solamente en un órgano de representación parlamentaria, que lleva a cabo la tarea de formación de gobierno en su seno —como por ejemplo en Gran Bretaña, Alemania, Bélgica, Austria y España—, o en un sistema presidencialista, con una cúpula ejecutiva elegida también de forma directa —como por ejemplo en los Estados Unidos de América, Francia, Polonia y Bulgaria—. La voluntad directa del pueblo puede articularse tanto a través de la elección de una representación (parlamentaria) del pueblo, o a través de la elección de la cúpula del ejecutivo (un presidente), como también a través de las decisiones mayoritarias que se tomen en referenda respecto a cuestiones de fondo. Los sistemas presidencialistas, como el de Estados Unidos de América o el de Francia, son democracias representativas constituidas dualmente, mientras que Gran Bretaña o Alemania son ejemplo de sistemas representativos parlamentarios monistas. En Suiza, por su parte, el parlamentarismo monista se completa con importantes elementos plebiscitarios, que cumplen a su vez parte de las tareas de una oposición parlamentaria (véase Loewenstein, *Verfassungslehre*, 2ª ed. 1959, obra completada con un anexo en 1969, p. 67 y ss.; Sommermann, «Demokratiekonzepte im Vergleich», en: Bauer/Huber/Sommermann, *Demokratie in Europa*, 2005, p. 191 y ss.; Mastronardi, *Verfassungslehre, Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat*, 2007, p. 268 y ss.).

270

En una democracia, el pueblo debe poder determinar el gobierno y el poder legislativo en elecciones libres e iguales. Este elemento nuclear puede completarse con votaciones plebiscitarias sobre cuestiones de fondo, que también en Alemania podrían posibilitarse a través de una reforma de la Ley Fundamental. En la democracia, en el centro de la formación y del mantenimiento del poder se encuentra la decisión del pueblo: todo gobierno democrático conoce el miedo a la pérdida del poder en una derrota electoral. El Tribunal Constitucional Federal ha descrito la democracia en su Sentencia sobre la prohibición del Partido comunista en Alemania en el año 1956 como la «lucha por el poder político» procedimentalmente regulada, que es librada para obtener la mayoría. Según el Tribunal, se trata en esta lucha de obtener la voluntad de la mayoría real del pueblo, que se emite a través de procedimientos cuidadosamente regulados y a los que precede un debate libre. El que una mayoría «siempre pueda cambiar», el que un sistema multipartidista y el derecho «a una oposición políticamente organizada» perduren, se consideran elementos imprescindibles para la organización democrática de un poder estatal (véase BVerfGE 5, 85 <198 y ss.>).

271

La propia Unión Europea reconoce a dicho concepto democrático esencial como tradición constitucional común europea (véase el artículo 3.1 del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 20 de marzo de 1952, Primer Protocolo al CEDH, <BOF 2002 II pág. 1072>; CSCE, «Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de la CSCE», [Dokument des Kopenhagener Treffens der Konferenz über die menschliche Dimension der KSZE], *EuGRZ* 1990, pág. 239 y ss., marginal 7), al exigir requisitos estructurales acordes con la misma a los Estados miembros y al declarar su vigencia efectiva, de carácter permanente, como requisito para la participación en la integración euro-

pea (artículo 6.1 TUE; artículo 2 TUE versión Lisboa; véanse también las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Copenhague de 21 y 22 de junio de 1993, Boletín de la UE 6-1993, I.13; Agenda 2000, COM(97) 2000 final, parte I, pág. 52). Ya que, y en la medida que, ella misma empero sólo ejerce poder público derivado, la Unión Europea no necesita cumplir plenamente con dichos requisitos. En el plano europeo, el Consejo, a diferencia de lo que ocurre en un Estado federal, no es una segunda cámara, sino que es el órgano de representación de los señores de los Tratados, y por ello no se concibe de conformidad con la representación proporcional, sino según el modelo de igualdad entre Estados. El Parlamento Europeo, como órgano de representación de los pueblos directamente elegido por los ciudadanos de la Unión, constituye una fuente adicional autónoma de legitimación democrática (véase BVerfGE 89, 155 <184 y ss.>). Como órgano de representación de los pueblos en una comunidad supranacional, que en cuanto tal se caracteriza por tener una voluntad de integración limitada, el Parlamento no puede ni debe adecuarse, en su composición, a las exigencias que en el plano estatal se plantean a partir del igual derecho político de sufragio de todos los ciudadanos. Tampoco la Comisión, en cuanto institución supranacional singular, tiene que cumplir las condiciones que se le imponen a un gobierno que es plenamente responsable ante un Parlamento o ante la decisión mayoritaria de los votantes, porque la propia Comisión no queda vinculada de manera equiparable por la voluntad de los votantes.

272

En tanto persista el orden competencial europeo, organizado según el principio de atribución singular y restringida de competencias en los procedimientos de decisión cooperativos, sin perjuicio de la responsabilidad estatal sobre la integración, y en tanto se mantenga un equlibrio entre las competencias de la Unión y las competencias estatales, la democracia de la Unión Europea no puede ni requiere conformarse de forma análoga a la de un Estado. Antes bien, la Unión Europea tiene la posibilidad de buscar cauces

propios de complemento democrático mediante nuevas y adicionales fórmulas de procedimientos de decisión políticos transparentes o participativos. Es cierto que la mera participación deliberativa de los ciudadanos y de sus organizaciones colectivas en el poder político —su directa implicación en los debates de las instituciones responsables de las decisiones políticas vinculantes—, no puede reemplazar el vínculo de legitimación que deriva de elecciones y otras votaciones. Tales elementos de democracia participativa pueden no obstante desempeñar una función complementaria en la legitimación del poder público europeo. Esto comprende en particular formas de legitimación en las que la implicación ciudadana puede ser una aportación más directa, especializada y profunda sobre el tema, al proporcionar a los ciudadanos de la Unión y a las asociaciones socialmente relevantes (artículo 11.2 TUE versión Lisboa: «asociaciones representativas»), por ejemplo, la posibilidad de articular sus opiniones de forma adecuada. Dichas formas de participación descentralizada, que se basan en el reparto de tareas y que poseen un creciente potencial legitimador, contribuyen por su parte a la efectividad del vínculo de legitimación democrática-representativa primaria.

II.

273

El Tratado de Lisboa y la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado cumplen —a tenor de los fundamentos— los requisitos constitucionales señalados (1.). Tampoco la Ley por la que se reforma la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) admite reproche constitucional alguno (2.). La Ley por la que se amplían y fortalecen los derechos del Bundestag y el Bundesrat en materias de la Unión Europea no satisface las exigencias del artículo 38.1 en conexión con el artículo 23.1 LFB y, antes de la ratificación del Tratado, debe ser reformulada de manera acorde con la Constitución (3.).

274
1. La Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa es compatible con las exigencias de la Ley Fundamental, en especial con el principio democrático. El derecho de sufragio del artículo 38.1 LFB no resulta vulnerado. Mediante la elección libre e igual de los diputados del Bundestag alemán y con los respectivos actos electorales en los *Länder*, el pueblo alemán continúa, en la actualidad igual que en el pasado, decidiendo en la Federación y en los *Länder* sobre asuntos políticos relevantes. Mediante la elección de la cuota alemana de diputados al Parlamento Europeo se abre para el derecho de voto de los ciudadanos de la Federación una posibilidad adicional de participación en el sistema institucional europeo, que en el sistema de atribución de competencias por transferencia proporciona un nivel de legitimación suficiente.

275
El nivel de legitimación de la Unión Europea, a la vista del alcance de las competencias transferidas y del grado de autonomía alcanzado en los procedimientos de decisión, todavía satisface las exigencias constitucionales, en tanto que el principio de atribución queda garantizado procesalmente incluso más allá de lo previsto en los Tratados (a). Con el Tratado de Lisboa ni se transfiere el poder constituyente, indisponible para los órganos constitucionales, ni se renuncia a la soberanía estatal de la República Federal de Alemania (b). Al Bundestag alemán le quedan todavía deberes y competencias propias de suficiente peso (c).

276
a) En el actual estadio del proceso de integración, la Unión Europea, incluso con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no alcanza todavía una configuración que corresponda al nivel de legitimación propio de una democracia constituida en Estado.

277
No sólo desde la perspectiva de la Ley Fundamental, la participa-

ción de Alemania en la Unión Europea no consiste, sin embargo, en una transposición del modelo de Estado federal al plano europeo, sino en la ampliación del modelo federal constitucional a una dimensión cooperativa supraestatal. Tampoco el Tratado de Lisboa ha optado por el concepto de una Constitución federal europea, en el que un Parlamento europeo, como órgano de representación de un nuevo pueblo federal constitucionalmente creado, se situara en el centro del sistema. No se aprecia una voluntad de creación de un Estado. Si se valora con respecto a los principios del sufragio libre e igual y respecto a los requisitos de un poder efectivo de la mayoría, la Unión Europea tampoco equivale al plano de la Federación en un Estado federal. Según esto, el Tratado de Lisboa en nada altera el que el Bundestag, como órgano de representación del pueblo alemán, continúe ocupando el lugar central de un sistema democrático complejo.

278

La Unión Europea cumple los principios democráticos precisamente porque, desde el análisis cualitativo de sus tareas y de su organización del poder, no está construida en forma análoga a la de un Estado. La alegación que se efectúa en los escritos de la demanda y del recurso de amparo, y que constituye la más relevante entre las vulneraciones alegadas, de que con el Tratado de Lisboa se altera el sujeto de legitimación democrática, no es acertada. La Unión Europea continúa siendo, incluso en cuanto a unión con personalidad jurídica propia, el producto de Estados soberanos democráticos. Por este motivo, en el estadio actual de integración no es necesario conformar el sistema institucional europeo democráticamente de manera análoga a la de un Estado. A la vista de la continuada vigencia del principio de atribución singular y restringida de competencias, y mediante una interpretación acorde al texto, el sentido y la finalidad de las nuevas competencias conferidas por el Tratado de Lisboa, la composición del Parlamento Europeo no necesita ajustarse a la igualdad en el sentido de que se renuncie a las diferencias en el peso de los votos de los ciudadanos de la Unión en función del número de habitantes de los Estados miembros.

279

aa) La regla democrática fundamental de la igualdad de oportunidades de éxito del voto («one man, one vote») sólo es aplicable dentro de un mismo pueblo, no en un órgano de representación supranacional que —aunque ahora se haga especial énfasis de la ciudadanía de la Unión— sigue siendo una representación de los pueblos unidos por los Tratados.

280

En comparación con los requisitos propios de un Estado constitucional, la Unión Europea carece, incluso tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de una institución de decisión política que se forme a partir del voto igual de todos los ciudadanos de la Unión, y que tenga la capacidad de representar de forma unitaria la voluntad del pueblo. En relación con esto, falta también un sistema de organización del poder en el que una voluntad europea de la mayoría sostenga la formación del gobierno, de modo tal que dicha voluntad sea reconducible a la decisión por sufragio libre e igual y pueda crearse una verdadera competencia entre gobierno y oposición que sea además patente para los ciudadanos. El Parlamento Europeo, incluso tras la nueva formulación del artículo 14.2 TUE versión Lisboa, y frente a la aspiración que el tenor literal del artículo 10.1 TUE versión Lisboa parece subrayar, no es órgano de representación de un pueblo europeo soberano. Esto se refleja en el hecho de que el Parlamento, en cuanto representación de los pueblos a través de las respectivas cuotas nacionales de diputados, no está configurado como representación de los ciudadanos de la Unión como unidad no diferenciada, de conformidad con el principio de la igualdad de voto.

281

Tampoco en su configuración por el Tratado de Lisboa deriva de las competencias de la Unión Europea una soberanía popular independiente de la totalidad de los ciudadanos de la Unión. Si se produce una decisión ajustada entre distintas opciones políticas en el

Parlamento Europeo, no hay garantía de que la mayoría de los votos emitidos represente también a una mayoría de los ciudadanos de la Unión. Por ello, en particular la formación a partir del Parlamento de un gobierno autónomo y dotado de las competencias habituales que los gobiernos tienen en los Estados toparía con objeciones fundamentales. Posiblemente, una minoría numérica de ciudadanos, que lo sea en función del sistema de representación, podría gobernar a través de una mayoría de los diputados, en contra de la voluntad política de una mayoría de oposición de ciudadanos de la Unión que no se encuentre representada como tal mayoría. Ciertamente, el principio de la igualdad de voto solamente asegura una representación lo más exacta posible de la voluntad del pueblo en el caso de un estricto sistema de representación proporcional. Pero también en los sistemas electorales mayoritarios, concurre en todo caso una garantía de igualdad suficiente del valor contable y la posibilidad de éxito de los votos, mientras que ésta se pierde no obstante en cada pequeño o gran prorrateo que afecte a los escaños.

282

bb) Para un ordenamiento fundamental estatal liberal democrático, como el que la Ley Fundamental ha creado, la igualdad entre todos los ciudadanos del Estado en el ejercicio del derecho de sufragio constituye una de las bases fundamentales del orden estatal (véase BVerfGE 6, 84 <91>; 41, 399 <413>; 51, 222 <234>; 85, 148 <157 y ss.>; 99, 1 <13>; 121, 266 <295 y ss.>).

283

La igualdad en el voto no constituye una particularidad del ordenamiento jurídico alemán. Dicha igualdad se encuentra entre los principios jurídicos vinculantes de todos los Estados europeos. El artículo 3 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza el derecho a participar en la elección de los entes legislativos de un Estado parte, es decir, de votar y de concurrir a las elecciones. Ciertamente, los Estados parte gozan de

un amplio ámbito de discrecionalidad para diseñar en detalle su derecho de sufragio en atención a las particularidades nacionales y al desarrollo histórico. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos extrae, no obstante, de la constatación de que las elecciones deben garantizar la «libre expresión de la opinión del pueblo», la conclusión de que esencialmente ello incluye el principio de la igualdad de trato de todos los ciudadanos en el ejercicio del derecho de sufragio. En dicha igualdad de trato, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye expresamente el valor contable de los votos, mientras que permite excepciones en cuanto al igual valor para el resultado y para las iguales oportunidades de victoria de los candidatos (Sentencia del TEDH de 2 de marzo de 1987, núm. 9267/81, Mathieu-Mohin y Clerfayt v. Bélgica, marginal 54; Sentencia de 7 de febrero de 2008, núm. 39424/02, Kovach v. Ucrania, marginal 49; sobre la aplicación del artículo 3 del Protocolo Adicional al Parlamento Europeo en cuanto «ente legislativo» véase la Sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1999, núm. 24833/94, Matthews v. Reino Unido, marginal 40 = *NJW* 1999, pág. 3107 <3109>).

284

cc) En este trasfondo, el Parlamento Europeo continúa siendo en la práctica, en función de los prorrateos de escaños entre los Estados miembros, una representación de los pueblos de los Estados miembros. La composición decrecientemente proporcional que el artículo 14.2, primer párrafo, frase 3 del TUE versión Lisboa prescribe para el Parlamento Europeo, se enmarca entre el principio de Derecho internacional de igualdad entre Estados y el principio estatal de la igualdad del derecho de sufragio. De conformidad con las disposiciones de Derecho primario, que concretan en parte el principio de la proporcionalidad decreciente, el número máximo de diputados asciende a 750 (además del Presidente); a ningún Estado miembro se le asignarán más de 96 escaños ni menos de seis (art. 14.2, primer párrafo, frases 2 a 4, del TUE versión Lisboa). Esto lleva a que el peso del voto de un nacional de un Estado miembro con poca población pueda suponer aproximadamente hasta doce

veces el peso del voto de un nacional de un Estado miembro que tenga un número importante de población.

285

El 11 de octubre de 2007, el Parlamento Europeo ya presentó un proyecto de Resolución anticipándose a la vigencia del artículo 14.2 párrafo 2 TUE versión Lisboa (Resolución del Parlamento Europeo sobre la composición del Parlamento Europeo, DOUE núm. C 227 E/132, Anexo 1). Dicho proyecto de Resolución fue aprobado por la Conferencia intergubernamental (véase la Declaración núm. 5 de Acuerdo político del Consejo Europeo sobre el proyecto de Resolución sobre la composición del Parlamento Europeo). El proyecto sólo puede ser adoptado por el Consejo Europeo tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. De conformidad con el proyecto de Resolución, el principio de proporcionalidad decreciente debe ser aplicado de tal modo que se utilicen plenamente los topes mínimos y máximos de cuotas de escaños; que el número de escaños que corresponde a un Estado miembro sea aproximadamente proporcional al tamaño de su población; y que el número de habitantes representados por un escaño sea mayor en los Estados miembros más poblados (art. 1 del proyecto de Resolución). A la República Federal de Alemania le corresponden 96 escaños (art. 2 del proyecto de Resolución). De conformidad con el proyecto de Resolución, un eurodiputado elegido en Francia representaría aproximadamente a 857.000 ciudadanos de la Unión y así tantos como uno elegido en Alemania, que representa también aproximadamente a 857.000. Frente a esto, un eurodiputado elegido en Luxemburgo sólo representaría, con 83.000 ciudadanos de la Unión luxemburgueses, a una décima parte de éstos; en Malta con aproximadamente 67.000, sería incluso sólo una duodécima parte; en un Estado mediano como Suecia, cada eurodiputado elegido representaría aproximadamente a 455.000 ciudadanos de la Unión de este país en el Parlamento Europeo (véase respecto a las cifras de población que justifican estos cálculos, Eurostat, *Europa en cifras, Informe anual de Eurostat 2008*, 2008, pág. 25).

286

En los Estados federales, tales desequilibrios tan marcados son, normalmente, sólo tolerados para la segunda Cámara del Parlamento —en Alemania y Austria, dicha segunda Cámara es el Bundesrat; en Australia, Bélgica y en los Estados Unidos de América es el Senado—. Pero no son aceptados en el propio órgano de representación del pueblo, porque de otro modo dicho órgano no podría representar al pueblo de forma acorde con el principio de libertad personal y de modo respetuoso con la igualdad. La conformación del derecho de sufragio en la Unión Europea no puede no obstante contradecir el artículo 10.1 del TUE versión Lisboa, según el cual el funcionamiento de la Unión Europea se apoya en la democracia representativa; ya que las democracias de los Estados miembros con respectivas mayorías y sus decisiones de dirección política se encuentran representadas en el plano institucional europeo en el Consejo e incluso también en el Parlamento. Se trata así de una representación sólo indirecta de la distribución del poder político de los Estados miembros. Esto constituye un motivo de peso para considerar insuficiente que un Estado miembro pequeño fuera representado en el Parlamento Europeo, si se aplicara con mayor rigor el principio de igualdad de voto, por ejemplo por sólo un diputado. Los Estados afectados arguyen que de otro modo no seguiría siendo posibe reflejar las mayorías nacionales de manera representativa en el plano europeo. Según se deriva ya de esta consideración, no es el pueblo europeo el que está representado en el sentido del artículo 10.1 TUE versión Lisboa, sino los pueblos de Europa organizados en Estados, con sus respectivas correlaciones de fuerzas, que se han producido a partir de elecciones democráticas acordes con el principio de igualdad, conformadas precisamente por la política de partidos.

287

Esta reflexión explica a su vez por qué la representación en el Parlamento Europeo está en función no de la igualdad de los ciudadanos de la Unión (artículo 9 TUE versión Lisboa), sino de la nacio-

nalidad; un criterio en sí mismo por el que está absolutamente prohibido hacer distinciones en la Unión Europea. A fin de que proyectos políticos como la unión económica puedan prosperar, constituye una idea central de la integración europea desde su creación la prohibición o limitación de discriminaciones por razón de nacionalidad (artículo 12, artículo 18 TCE; artículo 18, artículo 21 TFUE). La concepción del mercado interior se apoya en la convicción de que es irrelevante el Estado miembro del que procede una mercancía o un servicio, la procedencia de un trabajador o de un empresario y el origen de las inversiones. Sin embargo, es precisamente dicho criterio de la nacionalidad el que resulta decisivo, de conformidad con el artículo 14.2, párrafo, 1, frase 3 del TUE versión Lisboa, cuando se trata de determinar las posibilidades de influencia política de los ciudadanos en la Unión Europea. Con ello, la Unión Europea se encuentra en una contradicción de valores con respecto al fundamento de su propia concepción como unión de ciudadanos, una contradicción que sólo puede ser explicada por la naturaleza de la Unión Europea como unión (*Verbund*) de Estados soberanos.

288

Ciertamente, la democracia de la Unión Europea tiende a la de modelos estatales federales; conforme al principio de democracia representativa, muestra, sin embargo, un exceso de federalización. El principio de igualdad entre Estados continúa vinculado, en la composición de los miembros del Consejo Europeo, del Consejo, de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a derechos de determinación nacional que son, por principio, iguales. Incluso para un Parlamento Europeo elegido desde el respeto a la igualdad, dicha estructura resultaría un obstáculo considerable para hacer valer una voluntad parlamentaria representativa de la mayoría en relación con personas o asuntos. Incluso tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal del Justicia, por ejemplo, deberá estar siempre compuesto de conformidad con el principio «un Estado, un juez», bajo la decisiva influencia de los Estados miembros, independiente-

mente de su número de habitantes. El funcionamiento de la Unión Europea se sigue caracterizando por la influencia de los gobiernos en continua negociación, así como por la competencia de ejecución y de conformación material de la Comisión, aun cuando los derechos de participación del Parlamento Europeo hayan sido en conjunto reforzados. Dentro de este sistema, la influencia parlamentaria se ha incrementado a consecuencia de la atribución al Parlamento del derecho de veto en ámbitos centrales de la legislación. Con el Tratado de Lisboa, en el procedimiento legislativo ordinario se convierte en norma lo que con el derecho actualmente vigente es ya característico en la práctica en muchos ámbitos: en el procedimiento de codecisión, una directiva o un reglamento no pueden ser adoptados en contra de la voluntad del Parlamento Europeo.

289

dd) El déficit del poder soberano europeo que persiste —si se valora con respecto a los requisitos de la democracia estatal— no puede compensarse por otras normas del Tratado de Lisboa y, por tanto, no puede justificarse.

290

(1) La Unión Europea trata de compensar el considerable exceso de federalización que persiste, en particular a través del fortalecimiento de los derechos orientados a la participación y a la transparencia tanto de los ciudadanos como de las asociaciones, como también a través del realce de los Parlamentos nacionales y de las regiones. El Tratado de Lisboa refuerza dichos contenidos de democracia participativa orientados a la participación en los procesos. Junto a los elementos de democracia participativa complementaria, como es el mandato de proporcionar a los ciudadanos de la Unión y a las asociaciones «representativas» la posibilidad de comunicar sus opiniones por los cauces apropiados, el Tratado de Lisboa prevé también elementos de democracia asociativa y directa (art. 11 TUE versión Lisboa). Entre éstos se cuentan el diálogo de las instituciones de la Unión con asociaciones «representativas» y con la socie-

dad civil, así como la iniciativa popular europea. Ésta posibilita la petición no vinculante a la Comisión para que ésta presente propuestas de regulación adecuadas sobre temas políticos. Dicha petición requiere un quórum de por lo menos un millón de ciudadanos de la Unión, que deben ser nacionales de «un número significativo de Estados miembros» (artículo 11.4 TUE versión Lisboa). La iniciativa popular está restringida a ámbitos que quedan dentro de las competencias de la Comisión y debe ser regulada mediante una norma de Derecho derivado como es el reglamento (artículo 24.1 TFUE). La iniciativa popular europea está al mismo tiempo considerada como una medida de promoción del desarrollo de un espacio público europeo, reclamado en la Declaración de Laeken.

291

(2) Como justificación de la desigualdad en la elección del Parlamento Europeo se aduce —entre otros por el Gobierno federal (véase el Boletín Oficial del Parlamento Federal 16/8300, pág. 133 <135 y ss.>)— la otra vía de legitimación del poder soberano europeo: La participación del Consejo en el procedimiento legislativo, que actúa mediante el voto ponderado en las decisiones que se toman por mayoría. Con la denominada «doble mayoría cualificada» se pretende evitar la preponderancia de la mayoría de habitantes en el Consejo. De conformidad con esto, en una votación por mayoría en el Consejo, se requeriría no sólo obtener una mayoría del 55 por ciento de los Estados miembros, sino también, de forma adicional, una mayoría del 65 por ciento de la «población de la Unión» (artículo 16.4 TUE versión Lisboa). Está previsto que el actual sistema de ponderación de votos, que asigna a los Estados miembros un número de votos en función de su tamaño, desaparezca tras un período transitorio.

292

Ciertamente, con este enfoque que adopta el Tratado de Lisboa, la Unión Europea recupera de nuevo el clásico principio de Derecho internacional de igualdad entre Estados —un Estado, un voto—. El nuevo elemento correctivo de la mayoría de la población añade, no

obstante, otro sujeto de imputación, que consiste en los pueblos de los Estados miembros de la Unión, pero en referencia no a los ciudadanos de la Unión como sujetos de soberanía política, sino a los habitantes de los Estados miembros como expresión de la fuerza de representación del representante del Estado miembro en cuestión en el Consejo. En el futuro, detrás de una decisión del Consejo debería haber una mayoría numérica de las personas que viven en la Unión Europea. Esta ponderación en función del número de habitantes ciertamente contrarresta la excesiva federalización, sin, no obstante, cumplir con ello el precepto democrático de igualdad electoral. La legitimación democrática del poder soberano, en lo que respecta a la igualdad electoral y al mecanismo de representación parlamentaria directa, también en las democracias de partidos se basa en la categoría del acto del voto del individuo y no se valora en función del número de personas implicadas.

293

(3) Tampoco el reconocimiento institucional de los parlamentos de los Estados miembros por el Tratado de Lisboa puede compensar el déficit que existe en el cauce de legitimación directa del poder soberano europeo que se basa en la elección de los diputados del Parlamento Europeo. La posición de los parlamentos nacionales resulta considerablemente debilitada a través de la reducción del número de decisiones que requieren unanimidad y de la supranacionalización de la cooperación policial y judicial en materias penales. La compensación prevista por el Tratado mediante el refuerzo del procedimiento de la subsidiariedad —esto ha sido subrayado de forma unánime en el procedimiento oral—, desplaza los vigentes derechos de autodeterminación política al ámbito de las posibilidades de actuación jurídico procesales y al de los derechos de participación jurídicamente reclamables.

294

(4) Ni los derechos de participación adicionales, considerablemente intrincados en cuanto a los efectos de los muchos planos de

acción y ante el amplio número de parlamentos nacionales, ni los derechos de petición de naturaleza asociativa y de efecto directo sobre la Comisión, pueden reemplazar el poder de la mayoría, que se fundamenta en las elecciones. Dichos derechos deben y pueden en todo caso incrementar no obstante el nivel de legitimidad global en una unión de Estados (*Staatenverbund*) que tiene asignado un número limitado de tareas.

295

La mera participación de los ciudadanos en el poder político, que ocupara el lugar de un gobierno representativo propio del pueblo, no puede reeamplazar la conexión de legitimación que existe entre las elecciones y otras votaciones y el gobierno que se sustenta sobre ellas: el Tratado de Lisboa no conduce hacia un nuevo estadio de desarrollo de la democracia. Los elementos de democracia participativa, como es el mandato de dar a los ciudadanos de la Unión y a las asociaciones «representativas» la posibilidad de expresar de forma adecuada sus opiniones, así como los elementos de la democracia asociativa y directa, pueden tener solamente una función complementaria y no fundamental en la legitimación del poder público europeo. Las decripciones e invocaciones de una «Europa de los ciudadanos» o de un «fortalecimiento del Parlamento Europeo» pueden influenciar políticamente el plano europeo y contribuir a incrementar la aceptación de «Europa» y a explicar sus instituciones y procedimientos. Pero si dichas descripciones e invocaciones son recogidas en disposiciones normativas —como ocurre en parte en el Tratado de Lisboa—, sin que esto esté en conexión con un diseño de las instituciones que se ajuste al principio de igualdad, entonces no resultan adecuadas para instaurar un modelo fundamentalmente nuevo en el plano del Derecho.

296

ee) El desarrollo de la arquitectura institucional a través del Tratado de Lisboa no contiene sólo un fortalecimiento de los derechos de participación y no sólo mejora la transparencia de los procesos

de decisión, por ejemplo con respecto a la actividad legislativa del Consejo. Contiene también contradicciones, porque los Estados miembros continúan con el Tratado el modelo de construcción del Estado federal, sin poder crear al efecto la base democrática en los Tratados mediante la elección igual de un órgano de representación del pueblo que se apoye únicamente en la fuerza legitimadora de un pueblo de la Unión y de un gobierno parlamentario europeo.

297

La Comisión Europea ha evolucionado, sobre la base del Derecho vigente, hasta llegar ya a desempeñar la función —compartida con el Consejo y con el Consejo europeo— de un gobierno europeo. No resulta obvio cómo podría promoverse aún más este proceso de autonomía política sin recurrir directamente a una elección igual por el *demos* que incluya la posibilidad de destitución por los electores, resultando así políticamente efectiva. Si continúa el desplazamiento del peso de la organización política hacia la Comisión, tal y como se intenta en algunas propuestas conceptuales para el futuro de la Unión Europea, y si la elección del Presidente de la Comisión se produjera exclusivamente, jurídica y fácticamente, por el Parlamento Europeo (véase el artículo 17.7 TUE versión Lisboa), se estaría decidiendo, al mismo tiempo que se elige a los diputados, sobre un gobierno europeo, más allá de lo que la actual regulación permite. En lo que respecta a la situación jurídica tras el Tratado de Lisboa, dicha consideración confirma que la acción de la Unión Europea adolece de una base de legitimación suficiente, si carece de un punto de apoyo democrático en los Estados miembros

298

b)

En cuanto a organización supranacional, la Unión Europea, en lo que respecta a la configuración y ejercicio de sus competencias, debe continuar cumpliendo con el principio de atribución singular y restringida de competencias, ejercido de manera limitada y controlada. Precisamente tras el fracaso del proyecto de Constitución

europea, ha quedado suficientemente claro con el Tratado de Lisboa que dicho principio de la unión (*Verbund*) sigue vigente. Los Estados miembros siguen siendo los señores de los Tratados. A pesar de que se produzca otra ampliación competencial, se mantiene el principio de atribución singular y restringida de competencias. Así que las disposiciones de los Tratados deben interpretarse de tal manera que se preserve tanto la identidad constitucional y política de los Estados miembros, que se organizan de modo totalmente democrático, como también su responsabilidad con respecto a la dirección y conformación fundamental de la política de la Unión. La República Federal de Alemania continuará siendo, también tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, un Estado soberano y con ello un sujeto de Derecho internacional. La soberanía estatal alemana, incluyendo el poder constituyente, queda protegida en su esencia (aa); el territorio estatal alemán continúa correspondiendo únicamente a la República Federal de Alemania en cuanto a sujeto jurídico (bb); no existe duda alguna con respecto a la continuidad de la existencia del pueblo del Estado alemán (cc).

299

aa) De conformidad con las reglas sobre la distribución y delimitación de competencias, el poder estatal soberano queda preservado (1). Las nuevas normas de Derecho primario sobre las modificaciones de los Tratados no se oponen a esto (2). La continuidad del poder estatal soberano también se pone de relieve en el derecho a dejar de pertenecer a la Unión Europea (3) y queda protegido por el derecho de decisión última que corresponde al Tribunal Constitucional Federal (4).

300

(1) La distribución de las competencias de la Unión Europea y su delimitación con respecto a las de los Estados miembros se produce de conformidad con el principio de atribución singular y restringida de competencias (a) y otros mecanismos de protección referidos a competencias concretas (b).

301

(a) El principio de atribución singular y restringida de competencias es un mecanismo de protección para preservar la responsabilidad de los Estados miembros. La Unión Europea es competente sobre una materia sólo en la medida en que los Estados miembros le han transferido una competencia. Según esto, los Estados miembros son el ámbito político constitucional primario de referencia de sus respectivas comunidades; la Unión Europea tiene una responsabilidad secundaria, es decir, delegada, respecto a las tareas que se le han transferido. El Tratado de Lisboa confirma expresamente el actual principio de atribución singular y restringida de competencias. «La Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan» (art. 5.1 frase 1 y art. 5.2 TUE versión Lisboa; véanse también los arts. 1.1, 3.6, 4.1, 48.6 (3) TUE versión Lisboa; arts. 2.1 y 2.2, art. 4.1, art. 7, art. 19, art. 32, art. 130, art. 132.1, art. 207.6, art. 337 TFUE; la Declaración número 18 relativa a la delimitación de las competencias; la Declaración número 24 relativa a la personalidad jurídica de la Unión Europea).

302

Un mecanismo de protección formal es la primera categorización y clasificación de las competencias de la Unión Europea en competencias exclusivas y compartidas, así como en competencias para adoptar medidas de apoyo, coordinación y complemento de los actos de los Estados miembros (véase Rossi, «Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten», en: Scholz, *Europa als Union des Rechts - Eine notwendige Zwischenbilanz im Prozeß der Vertiefung und Erweiterung*, 1999, pág. 196 <201>).

303

La transparencia que proporciona esta categorización queda no obstante mermada porque las competencias «paralelas», reclamadas

tanto por los Estados miembros como por la Unión Europea, no quedan claramente clasificadas en el Tratado de Lisboa (véase el art. 2.5(1) y el art. 4.3 y 4.4 TFUE), la política exterior y de seguridad común y la coordinación de las políticas económicas y de empleo quedan fuera de los tres tipos competenciales, y lo que se conoce como el método abierto de coordinación ni siquiera se menciona. Estas desviaciones respecto al planteamiento de sistematización fundamental no afectan sin embargo al principio de atribución singular y restringida de competencias, y su naturaleza y extensión tampoco cuestionan el objetivo de una clara delimitación competencial.

304

(b) Además, los mecanismos de protección jurídico-materiales del Derecho sustantivo, en particular, las normas sobre el ejercicio de competencias, deben garantizar que las atribuciones realizadas al ámbito europeo sean ejercidas de tal modo que las competencias de los Estados miembros queden protegidas. Entre las normas sobre el ejercicio de las competencias se incluyen la obligación de respetar las identidades nacionales de los Estados miembros (artículo 4.2 TUE versión Lisboa), el principio de leal cooperación (artículo 4.3 TUE versión Lisboa), el principio de subsidiariedad (artículo 5.1, frase 2 y artículo 5.3 TUE versión Lisboa) y el principio de proporcionalidad (artículo 5.1, frase 2 y artículo 5.4 TUE versión Lisboa). Estos principios han sido confirmados, y en parte precisados en cuanto a su contenido, por el Tratado de Lisboa.

305

Además, el principio de subsidiariedad queda procedimentalmente reforzado por el Protocolo número 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Protocolo sobre la subsidiariedad). Esto se lleva a cabo mediante la implicación de los parlamentos nacionales a través del llamado sistema de alerta temprana (artículo 12, letra b TUE versión Lisboa, artículo 4 y siguientes del Protocolo de subsidiariedad) en el control de la obser-

vancia del principio de subsidiariedad, y mediante la ampliación de los legitimados para la interposición de un recurso para la declaración de nulidad de una norma ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incluyendo a los parlamentos nacionales y al Comité de las Regiones. La efectividad de este mecanismo depende de en qué medida los parlamentos nacionales sean capaces de organizarse para poder hacer un uso apropiado del mecanismo dentro del corto plazo de ocho semanas del que disponen (véase Mellein, *Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente*, 2007, pág. 269 yss.). Dependerá también de si el derecho de los parlamentos nacionales y del Comité de Regiones a interponer un recurso se extenderá a la cuestión, previa al control del principio de subsidiariedad, de si la Unión Europea dispone de competencia para el proyecto legislativo concreto (véase Wuermeling, „Kalamität Kompetenz: Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvents», *EuR,* 2004, pág. 216 (225); von Danwitz, „Der Mehrwert gemeinsamen Handelns», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 23 de octubre de 2008, pág. 8).

306

(2) La transferencia controlada y responsable de derechos de soberanía a la Unión Europea, que es el único modo posible de realizar tal transferencia de forma constitucional, tampoco se cuestiona por las distintas disposiciones del Tratado de Lisboa. Las instituciones de la Unión Europea no pueden, ni en el marco de los procedimientos de reforma de los Tratados ordinarios (a), o simplificados (b), ni tampoco mediante las cláusulas pasarela (c), ni mediante la cláusula de flexibilidad (d), modificar por su cuenta ni los fundamentos de la Unión Europea fijados en los Tratados, ni el orden competencial, frente a los Estados miembros.

307

(a) El procedimiento de revisión ordinario de los fundamentos de la Unión Europea fijados en los Tratados (artículo 48, apartados 2 a 5 TUE versión Lisboa) se corresponde con los procedimientos clá-

sicos de modificación de tratados multilaterales similares. Una Conferencia de representantes de los gobiernos de los Estados miembros, que es convocada por el Presidente del Consejo, es la competente para la adopción de reformas de los Tratados. Dichas modificaciones sólo entrarán no obstante en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (artículo 48.4, frase 2 TUE versión Lisboa). El Tratado de Lisboa especifica que estas modificaciones pueden servir tanto para aumentar como para reducir las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados (artículo 48.2, frase 2 TUE versión Lisboa).

308

Esta situación jurídica no queda alterada por el hecho de que este procedimiento clásico de reforma del tratado sea precedido por un procedimiento que ha sido creado por el proceso de integración europea, según el cual debe intervenir normalmente una Convención compuesta por representantes de los Parlamentos nacionales, de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión, que responde decididamente al principio de igualdad entre Estados (artículo 48.3, frase 1, TUE versión Lisboa). El procedimiento de la Convención se añade a los procedimientos de reforma de Derecho internacional, que se concentran en los Estados miembros, y de este modo resulta adecuado a las peculiaridades institucionales de la Unión Europea. La Convención debe examinar los proyectos de revisión y debe adoptar por consenso una recomendación dirigida a una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (artículo 48.3 (1), frase 3 TUE versión Lisboa). Esto resulta inobjetable desde un punto de vista constitucional, siempre que los Estados miembros no queden legalmente vinculados por los resultados de la Convención y puedan decidir libremente cuáles de las revisiones de los Tratados desean finalmente acordar de conformidad con el Derecho internacional (véase el artículo 48.4 TUE versión Lisboa).

309

(b) (aa) El Tratado de Lisboa introduce además un procedimiento de revisión simplificado (artículo 48.6 TUE versión Lisboa). Mientras que las revisiones de los Tratados en el procedimiento ordinario deben ser acordadas —en caso necesario tras la intervención de la Convención— por una Conferencia intergubernamental y requieren la ratificación por todos los Estados miembros, el procedimiento de revisión únicamente requiere una decisión adoptada por el Consejo Europeo, que sólo entrará en vigor «una vez que haya sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales» (artículo 48.6.2 TUE versión Lisboa). Se dispone expresamente que la decisión adoptada por el Consejo Europeo no debe incrementar las competencias transferidas a la Unión en los Tratados (artículo 48.6 (3) TUE versión Lisboa). La diferenciación en función de los procedimientos de revisión ordinario y simplificado de los Tratados muestra que las reformas fundamentales quedan reservadas al procedimiento ordinario, porque se intenta alcanzar un mayor grado de legitimidad con el método de la Convención, que está previsto como el usual. No obstante, el Consejo Europeo puede también decidir en el procedimiento ordinario por mayoría simple, previa aprobación del Parlamento Europeo, no convocar una Convención cuando la importancia de las modificaciones no lo justifique (artículo 48.3.2 TUE versión Lisboa).

310

El procedimiento de revisión simplificado de los Tratados, que los Tratados actuales sólo posibilitan en disposiciones aisladas (véase el artículo 17.1 TUE (introducción de una defensa común); artículo 42 TUE (aplicabilidad del Título IV del Tratado de creación de la Comunidad Europea a la cooperación policial y judicial en materia penal); artículo 22.2 TCE (ampliación de los derechos de los ciudadanos de la Unión); artículo 190.4 TCE (introducción de un procedimiento uniforme de elección del Parlamento Europeo); artículo 269.2 TCE (determinación de los recursos propios de la

Comunidad Europea)), es, de conformidad con el Tratado de Lisboa, aplicable a las modificaciones de las disposiciones sobre los ámbitos políticos internos de la Parte tercera del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 48.6.2, frase 1 TUE versión Lisboa).

311

El alcance de la autorización para modificar las disposiciones de la Parte tercera del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea sólo puede ser determinado en parte, y en cuanto a su contenido resulta apenas previsible para el legislador alemán. El artículo 48.6 TUE, versión Lisboa, abre al Consejo Europeo un amplio campo de acción para las reformas del Derecho primario. El posible contenido de las futuras reformas en el campo de las políticas internas, que comprenden un total de 172 artículos —políticas que incluyen el mercado común así como la unión económica y monetaria—, queda solamente limitado por la prohibición de aumentar las competencias ya atribuidas a la Unión Europea (artículo 48.6.3 TUE versión Lisboa).

312

El Tribunal Constitucional Federal decidió ya en su Sentencia sobre el Tratado de Maastricht que las modificaciones de Derecho primario pueden también ser realizadas mediante un procedimiento abreviado, si los Estados miembros lo aceptan de acuerdo con sus disposiciones constitucionales («*gemäß ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften*») (véase BVerfGE 89, 155 (199)). La diferente formulación con respecto al artículo 48.4.2 TUE versión Lisboa, sobre la necesaria aprobación de los Estados miembros en consonancia con sus respectivas disposiciones constitucionales («*im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften*»), no significa en todo caso que los requisitos nacionales para la ratificación de las revisiones «simples» de los Tratados sean menores que para las «ordinarias». La «aprobación» de la República Federal de Alemania en los procedimientos de revisión simplificados conforme al artículo

48.6 del Tratado de Lisboa requiere siempre también una ley en el sentido del artículo 23.1.2 LFB como *lex specialis* con respecto al artículo 59.2 LFB (véase BVerfGE 89, 155 (199); en lo que respecta a los requisitos de ratificación internos véase también la Sentencia Nr. 2007-560 DC del *Conseil constitutionnel* de 20 de diciembre de 2007, núm. 26 y ss.). La referencia de una decisión que se tome conforme al artículo 48.6 TUE, versión Lisboa, al orden competencial de la Unión Europea obliga a tratar el procedimiento de revisión simplificado generalmente como una transferencia de derechos de soberanía en el sentido del artículo 23.1.2 LFB (véase también Pernice, en Dreier, *GG*, tomo II, 2ª. ed., 2006, Art. 23, marginal 86), sin que se requiera una delimitación más precisa de las posibles modificaciones. Las modificaciones de los Tratados por las que se reforme o complemente el contenido de la Ley Fundamental, o que posibiliten tales reformas o adiciones, requieren la aprobación por dos tercios de los miembros del Bundestag alemán y dos tercios de los votos del Bundesrat (artículo 23.1 frase 3, en relación con el artículo 79.2 de la Ley Fundamental; véase también BVerfGE 89, 155 (199)).

313

(bb) El Tratado de Lisboa añade a los Tratados más disposiciones adicionales que están redactadas de forma similar al artículo 48.6 TUE versión Lisboa, pero que se limitan a un determinado ámbito que el Tratado de Lisboa amplía (véase el artículo 42.2.1 TUE versión Lisboa, sobre la introducción de una defensa común; el artículo 25.2 TFUE sobre la ampliación de los derechos de los ciudadanos de la Unión; el artículo 218.8.2 frase 2 TFUE sobre la adhesión de la Unión al CEDH; el artículo 223.1.2 TFUE sobre la introducción de un procedimiento uniforme de elección del Parlamento Europeo; el artículo 262 TFUE relativo a la competencia de la Unión Europea para la creación del título europeo de propiedad intelectual; el artículo 311.3 TFUE sobre la determinación de los recursos propios de la Unión Europea).

314

Las consideraciones constitucionales relativas al procedimiento de revisión simplificado son también aplicables a estos procedimientos de revisión de los Tratados regulados en disposiciones individuales de los Tratados, hasta el punto de que el artículo 23.1 frase 2 de la Ley Fundamental es en todo caso aplicable porque las disposiciones sobre la revisión no contienen una prohibición equivalente a la del artículo 48.6.6 TUE, versión Lisboa, de ampliar las competencias tranferidas a la Unión Europea por los Tratados.

315

(c) Además de los procedimientos de revisión ordinario y simplificado, el Tratado de Lisboa prevé también como procedimiento de reforma de los Tratados el conocido como sistema general de pasaralelas (artículo 48.7 TUE versión Lisboa). Por otra parte, el Tratado de Lisboa contiene cláusulas pasarela especiales en disposiciones individuales de los Tratados (véanse los arts. 31.3 TUE versión Lisboa (decisiones sobre la política exterior y de seguridad común en casos distintos a los mencionados en el artículo 31(2) TUE versión Lisboa); artículo 81.3 (2) y (3) TFUE (medidas sobre el Derecho de familia con alcance transfronterizo); artículo 153.2 (4) (medidas en los ámbitos de protección de los trabajadores al término del contrato de trabajo, representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, así como requisitos de empleo de los nacionales de terceros Estados); artículo 192.2 (2) TFUE (medidas en el ámbito de la política de medio ambiente); artículo 312.2 (2) TFUE (determinación del marco financiero plurianual); artículo 333.1 y 2 TFUE (procedimientos de votación en el marco de la cooperación reforzada de conformidad con los arts. 326 y ss. TFUE). Mediante el procedimiento de pasarela pueden modificarse las modalidades de votación en el Consejo y el procedimiento legislativo aplicable.

316

De conformidad con las cláusulas pasarela generales y especia-

les, tanto el Consejo Europeo como el Consejo pueden autorizar que el Consejo se pronuncie, en un ámbito o en un determinado caso, por mayoría cualificada en vez de por unanimidad (artículo 48.7 frase 1 TUE versión Lisboa; artículo 31. 3 TUE versión Lisboa; artículo 312.2 (2), artículo 333.1 TFUE), o que los actos legislativos en el ámbito de aplicación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se aprueben siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, en vez de un procedimiento legislativo especial (artículo 48.7 (2) TUE versión Lisboa; artículo 81.3 (2), artículo 153.2 (4), artículo 192.2 (2), artículo 333.2 TFUE). En la mayoría de casos, la consecuencia de pasar del procedimiento legislativo especial al ordinario es que en el Consejo no se decide ya por unanimidad, sino por mayoría cualificada (véase el artículo 289.1 en relación con el artículo 294.8 y 294.13 TFUE). Las decisiones que tengan implicaciones militares o se refieran a la política de defensa quedan expresamente excluidas de la posibilidad de pasar a ser aprobadas en el Consejo por mayoría cualificada (artículo 31.4, artículo 48.7 (1) frase 2 TUE versión Lisboa). El Consejo Europeo o el Consejo deben decidir sobre la reforma de los Tratados por unanimidad y, en el ámbito de aplicación de la cláusula de pasarela general, previa aprobación del Parlamento Europeo (artículo 48.7 (4) TUE versión Lisboa). Además, tanto la cláusula pasarela general como la cláusula pasarela especial prevén la participación de los parlamentos nacionales en el ámbito del Derecho de familia con repercusión transfronteriza. Cada parlamento nacional puede rechazar la propuesta de acuerdo del Consejo Europeo o del Consejo dentro del plazo de seis meses desde su notificación, con la consecuencia de que la decisión no podrá ser tomada en el plano europeo (artículo 48.7 (3) TUE versión Lisboa; artículo 81.3 (3) TFUE).

317

A diferencia del procedimiento de revisión simplificado del artículo 48.6 TUE versión Lisboa, las cláusulas pasarela generales y especiales permiten la reforma de los Tratados solamente con respecto a las dos disposiciones procedimientales citadas del Tratado

de Funcionamiento de la Unión Europea y del Título V del Tratado de la Unión Europea. Más allá de esto, ni el Consejo Europeo ni el Consejo disponen de ámbito de decisión alguno. Dado que, de conformidad con el Tratado de Lisboa, la votación por mayoría cualificada en el Consejo y el procedimiento legislativo ordinario son los procedimientos habituales de creación del Derecho (artículo 16.1 y 3; artículo 14.1 TUE versión Lisboa; artículo 289.1 en relación con el artículo 294 TFUE), el grado en que la influencia del representante alemán en el Consejo queda reducida por la introducción de la mayoría cualificada, es cuando menos patente. Lo que no es posible, no obstante, es un pleno ejercicio de la responsabilidad sobre la integración en relación con la cuestión de si el nivel de legitimación democrática del poder de la Unión se corresponde todavía con el alcance de las competencias transferidas y en especial con el mayor grado de autonomía de los procedimientos europeos de adopción de decisiones alcanzado en los procedimientos de pasarela.

318

La pérdida de influencia alemana en el Consejo que acompaña a las clásusulas pasarela generales y especiales debe ser previsible para el legislador alemán, en el momento de ratificación del Tratado de Lisboa, también para los casos particulares. Solamente de este modo, el consentimiento dado por adelantado por un Estado miembro a una ulterior modificación del Tratado está suficientemente legitimado democráticamente. La unanimidad en el Consejo Europeo o en el Consejo que se requiere por las cláusulas pasarela para la reforma de las disposiciones procedimentales no es garantía suficiente a estos efectos, dado que para los representantes de los Estados miembros en el Consejo Europeo o en el Consejo puede no quedar siempre claro en qué medida se está renunciando a la posibilidad de veto de los Estados miembros en el Consejo en casos futuros. Más allá del requisito de la unanimidad en el Consejo Europeo o en el Consejo, las cláusulas pasarela plantean diferentes requisitos procedimentales. Al contrario que las cláusulas pasarela

generales del artículo 48.7.3 TUE versión Lisboa, las cláusulas pasarela especiales —con la excepción del artículo 81.3 (3) TFUE— no prevén el derecho de los parlamentos de los Estados miembros a manifestar su oposición.

319

En la medida en que la cláusula de pasarela general del artículo 48.7 del TUE versión Lisboa posibilita la transición desde el principio de unanimidad al principio de mayoría cualificada en la toma de decisiones del Consejo, o la transición del procedimiento legislativo especial al ordinario, estamos ante una modificación de los Tratados de Derecho primario, que debe ser examinada desde el artículo 23.1 frase 2 de la LFB. Ya en la Sentencia sobre el Tratado de Maastricht, el Tribunal Constitucional Federal apuntó con respecto a la alegación entonces planteada de «pérdida de estatalidad» en el ámbito de justicia y asuntos de interior, que supone un ámbito fundamental para el titular de derechos fundamentales, que en el «Tercer Pilar» los acuerdos sólo podían ser adoptados por unanimidad y que mediante estos acuerdos no se podía aprobar norma alguna directamente aplicable en los Estados miembros ni norma alguna que pudiera aspirar a aplicarse de conformidad con el principio de primacía (véase la sentencia BVerfGE 89, 155 (176)). El Tratado de Lisboa viene ahora a transferir precisamente este ámbito al poder supranacional de la Unión, al prever que mediante el procedimiento de pasarela general, por decisión del Consejo Europeo, se pueden transferir ámbitos, si bien con un derecho de oposición de los parlamentos nacionales, pero sin necesidad de ratificación por parte de los Estados miembros, desde la unanimidad a la votación por mayoría cualificada, o desde el procedimiento legislativo especial al ordinario. Esto afecta al núcleo de la justificación antes referida de la Sentencia sobre el Tratado de Maastricht. El derecho de los parlamentos nacionales a manifestar su oposición (artículo 48.7 (3) TUE versión Lisboa) no puede reemplazar la exigencia de ratificación; por ello, la aprobación del representante del Gobierno alemán en el Consejo Europeo requiere

en Alemania siempre una ley en los términos del artículo 23.1 frase 2 y en su caso frase 3 LFB. Solamente de esta manera los órganos legislativos alemanes ejercen en cada caso su responsabilidad con respecto a la integración y deciden también sobre la cuestión de si el nivel de legitimación democrática es todavía en el caso concreto lo suficientemente elevado como para aceptar la decisión de la mayoría. El representante del Gobierno alemán en el Consejo Europeo sólo podrá aprobar una modificación de los Tratados que se produzca mediante la aplicación de la cláusula de pasarela general, cuando el Bundestag y el Bundesrat alemán hayan aprobado —dentro de un plazo aún por determinar, pero que se adecue al propósito del artículo 48.7 (3) del TUE versión Lisboa— una ley de conformidad con el artículo 23(1) de la Ley Fundamental. Esto también es aplicable al caso de que se recurra a la cláusula pasarela especial de conformidad con el artículo 81.3 (2) TFUE.

320

No se requiere una ley en el sentido del artículo 23.1 frase 2 LFB si las cláusulas pasarela especiales se limitan a ámbitos materiales que ya están suficientemente fijados por el Tratado de Lisboa. También en estos casos, no obstante, corresponde al Bundestag y, en la medida en que las competencias legislativas de los *Länder* resulten afectadas, al Bundesrat cumplir con la responsabilidad sobre la integración de otra manera que sea adecuada. No puede renunciarse al derecho de veto en el Consejo sin la participación de los órganos legislativos competentes incluso en lo que respecta a cuestiones materiales que ya han sido determinadas en los Tratados. El representante del Gobierno alemán en el Consejo Europeo o en el Consejo puede por tanto solamente aprobar una modificación del Derecho primario mediante la aplicación de una de las cláusulas pasarela especiales por parte de la República Federal de Alemania si el Bundestag alemán y, en la medida en que lo exijan las normas sobre el procedimiento legislativo, el Bundesrat, hubieran aprobado esta decisión dentro de un plazo aún por determinar, acorde con el sentido del artículo 48.7 (3) TUE versión Lisboa (véase al respecto

también la exigencia de aprobación parlamentaria de la Sección 6 de la *Amendment Act* de 2008, Ley británica sobre la Unión Europea (c. 7), que no está, sin embargo, sometida a un plazo). Sería incompatible con la exigencia constitucional de decisión parlamentaria el que la concreta configuración del requisito del plazo convirtiera el posible silencio por parte de los órganos legislativos en aprobación. Si se respeta este presupuesto, las disposiciones correspondientes del Tratado de Lisboa pueden ser aplicadas en Alemania.

321

Esta exigencia constitucional rige para la aplicación del artículo 31.3 TUE versión Lisboa, artículo 312.2 (2) y artículo 333.1 TFUE, que permiten pasar de la unanimidad a la mayoría cualificada. Pero debe también ser ampliada a las disposiciones de los Tratados que, como los artículos 153.2 (4), 192.2 (2) y 333.2 TFUE, se ocupan de la transición desde los procedimientos legislativos especiales a los ordinarios, ya que también en dichos casos el Consejo no puede ya decidir de forma unánime, sino por mayoría cualificada (véase el artículo 289.1 en relación con el artículo 294.8 y 13 del TFUE).

322

(d) Finalmente, el Tratado de Lisboa no proporciona a la Unión Europea disposiciones que proporcionen a la asociación (*Verband*) de integración europea la competencia para decidir sobre sus propias competencias (*Kompetenz-Kompetenz*). Tanto el artículo 311.1 TFUE (aa) como también el artículo 352 TFUE (bb) pueden ser interpretados de tal manera que el programa de integración trazado en las normas sea todavía previsible y determinable por los órganos legislativos alemanes.

323

(aa) De conformidad con el artículo 311.1 TFUE, la Unión Europea se dota a sí misma de los medios necesarios para poder alcanzar sus fines y realizar su política. La disposición es idéntica al

artículo 6.4 TUE, que fue introducida por el Tratado de Maastricht en el Derecho primario como artículo F.3. El Tribunal Constitucional Federal en su Sentencia sobre el Tratado de Maastricht, tras una extensa exposición sobre la historia de creación de la norma, llegó a la conclusión de que el artículo F.3 TUE no habilita a la Unión Europea para procurarse a sí misma los medios financieros y los demás medios de actuación que considere necesarios para el cumplimiento de sus fines (BVerfGE 89, 155 <194 y ss.>; véase también Puttler, en: Calliess/Ruffert, *EUV/EGV*, 3ª ed., 2007, Art. 6 TUE, marginal 59 y ss.; Hilf/Schorkopf, en: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, tomo I, TUE/TCE, suplemento 37, noviembre 2008, Art. 6 TUE, marginal 113).

324

El artículo 311.1 TFUE debe en adelante entenderse como una declaración de intenciones política-programática, que no establece ninguna competencia de la Unión Europea y por tanto tampoco ninguna competencia para decidir sobre sus competencias (véase BVerfGE 89, 155 <194>). La provisión de la Unión Europea con los medios necesarios para la consecución de sus objetivos y para la realización de sus políticas debe tener lugar en el marco de las competencias existentes. La nueva sistemática de la disposición en el Tratado de Lisboa confirma la interpretación de que la norma se refiere solamente a los medios financieros de la Unión Europea, y no a los medios de acción.

325

(bb) Por el contrario, el artículo 352 TFUE, que viene a matizar las competencias ya existentes de la Unión Europea en relación con los objetivos fijados, tiene efectos jurídicos (véase con respecto al precedente artículo 235 TCEE, BVerfGE 89, 155 <210>). El Tratado de Lisboa toma esta disposición —con modificaciones respecto al ámbito de aplicación y los requisitos procedimentales— del Derecho primario existente (actualmente, artículo 308 TCE).

326

El artículo 352 TFUE no sólo establece una competencia de acción de la Unión Europea, sino que al mismo tiempo modera el principio de atribución de competencias. Porque la actividad de la Unión Europea en un ámbito político establecido en los Tratados también debe ser posible cuando no exista una competencia concreta, pero sea necesaria una acción de la Unión Europea para alcanzar los objetivos de los Tratados (artículo 352.1 TFUE).

327

De conformidad con la situación jurídica vigente hasta ahora, el artículo 308 TCE parecía una «competencia para completar el Tratado» (véase BVerfGE 89, 155 <210>), que posibilitaba un «desarrollo inmanente a los Tratados» del Derecho de la Unión «por debajo del nivel de reforma formal de los Tratados» (véase Oppermann, *Europarecht*, 3ª ed., 2005, § 6 marginal 68). Las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa deben conducir a una nueva valoración de la disposición. El artículo 352 TFUE ya no queda limitado a la realización de objetivos en el marco del mercado común, sino que se refiere ahora a los «ámbitos de las políticas definidas en los Tratados» (artículo 352.1 TFUE), con la excepción de la política exterior y de seguridad común (artículo 352.4 TFUE). La disposición puede pues también servir para crear en prácticamente todo el área de aplicación del Derecho primario una competencia que posibilite la actuación en el plano europeo. Esta ampliación del ámbito de aplicación queda parcialmente compensada a través de medidas de seguridad procedimentales. El recurso a la cláusula de flexibilidad continúa requiriendo una resolución unánime del Consejo a propuesta de la Comisión, que también debe aprobar el Parlamento Europeo (artículo 352.1 frase 1 TFUE). Además se obliga a la Comisión a informar a los parlamentos de los Estados miembros, en el marco del control de subsidiariedad, sobre las propuestas legislativas correspondientes (artículo 352.2 TFUE). Una propuesta legislativa de estas caracterísiticas no puede armonizar las disposiciones legales de los Estados miembros cuando los

Tratados excluyan dicha armonización (artículo 352.3 TFUE). Entre los requisitos constitucionales para la entrada en vigor de la resolución, no se encuentra la aprobación de los Estados miembros de conformidad con sus respectivas disposiciones constitucionales.

328

En lo que respecta a la prohibición de transferencia de habilitaciones en blanco o de transferencia de la competencia para decidir sobre las propias competencias, la disposición tropieza con objeciones constitucionales, porque la nueva redacción de la norma posibilita modificar de forma sustancial cuestiones fundamentales de los Tratados de la Unión Europea, sin que, más allá de los ejecutivos de los Estados miembros, deban implicarse los órganos legislativos (véase con respecto a la delimitación de las competencias la Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea de 15 de diciembre de 2001, *Boletín UE* 12-2001, I.27, Anexo I). La obligación de informar a los parlamentos nacionales prevista en el artículo 352.2 TFUE no cambia nada al respecto; puesto que la Comisión solamente debe informar a los parlamentos nacionales respecto a la propuesta legislativa correspondiente. Dada la indeterminación de los posibles supuestos de aplicación de la cláusula de flexibilidad, su aplicación, desde el punto de vista constitucional, requiere la ratificación por el Bundestag alemán y por el Bundesrat, sobre la base del artículo 23.2 frases 2 y 3 LFB. El representante alemán en el Consejo no puede declarar la aprobación formal por parte de la República Federal de Alemania de una propuesta legislativa específica de la Comisión mientras no se cumplan los requisitos constitucionales exigidos.

329

(3) Los Tratados a los que se refiere la Ley por la que se autoriza la ratificación hacen patente el principio de asociación (*Verbundprinzip*), que persiste en el sistema de transferencia de derechos de soberanía responsable, bajo la continuidad de la soberanía de los Estados miembros, y satisfacen así los requisitos cons-

titucionales. El Tratado de Lisboa hace visible por vez primera el subsistente derecho de todo Estado miembro a retirarse de la Unión Europea (artículo 50 TUE versión Lisboa). Este derecho de retirada subraya la soberanía de los Estados miembros y demuestra también que con el estadio actual de desarrollo de la Unión Europea todavía no se ha traspasado el umbral de lo que es un Estado en el sentido del Derecho internacional (véase Jouanjan, «Monodisziplinäre Stellungnahmen», en: Kreis, *Der Beitrag der Wissenschaften zur künftigen Verfassung der EU*, 2003, pág. 12 (16)). Si un Estado miembro puede retirarse de la Unión a partir de una decisión tomada bajo su propia responsabilidad, entonces el proceso de integración europeo no es irreversible. La condición de miembro de la República Federal de Alemania depende en cambio de su voluntad prolongada y persistente de pertenecer a la Unión Europea. Los límites jurídicos de esta voluntad se rigen por la Ley Fundamental.

330

Todo Estado miembro puede también retirarse de la Unión Europea en contra la voluntad de los otros Estados miembros (véase el artículo 54, letra a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, BOF 1985 II, pág. 926 y ss.). La decisión de retirarse no requiere necesariamente ser formalizada en un acuerdo de retirada entre la Unión Europea y el Estado miembro afectado. Para el caso de que no se llegue a un acuerdo, la retirada se hará efectiva a los dos años desde la notificación de la decisión de retirarse (artículo 50.3 TUE versión Lisboa). El derecho de retirada puede ejercerse sin más requisitos porque el Estado miembro saliente no necesita justificar su decisión. El artículo 50.1 TUE, versión Lisboa, solamente indica que la retirada del Estado miembro debe tener lugar «de conformidad con sus normas constitucionales». Si éstas son o no respetadas en el caso concreto, solamente puede verificarse por el Estado miembro mismo, pero no por la Unión Europea o por otros Estados miembros.

331

(4) Con la Declaración número 17 relativa a la primacía aneja al Tratado de Lisboa, la República Federal de Alemania no reconoce una primacía de aplicación del Derecho de la Unión incondicional y dudosamente constitucional, sino que confirma solamente la situación legal vigente tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional Federal. No es correcta la afirmación del reclamente citado en III de que con la aprobación del Tratado de Lisboa la primacía «ilimitada» del Derecho creado por las instituciones de la Unión sobre el Derecho de los Estados miembros, prevista en el fracasado Tratado constitucional, se convertiría en la práctica en un elemento más de los Tratados y que con ello, como consecuencia, se estaría concediendo una primacía de validez estatal-federal inadmisible, que incluso posibilitaría la derogación del derecho constitucional de los Estados miembros que resultara incompatible. Tampoco es acertada la presunción de que, debido a las extensas ampliaciones competenciales, resultaría prácticamente imposible para el Tribunal Constitucional Federal verificar el respeto del principio de atribución de competencias por la Unión Europea y las consiguientes consecuencias jurídicas en Alemania, y ya no sería posible proteger la sustancia de la identidad constitucional y de la protección alemana de los derechos fundamentales (aunque así se pronuncie Murswiek, «Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung», *NVwZ* 2009, pág. 481 y ss.).

332

Puesto que se mantiene la supremacía en virtud de la habilitación constitucional, tampoco los valores normativizados en el artículo 2 del TUE versión Lisboa, cuya naturaleza jurídica no requiere aquí aclaración alguna, pueden en caso de conflicto pretender preeminencia alguna con respecto a la identidad constitucional de los Estados miembros, que queda protegida por el artículo 4.2 frase 1 del TUE versión Lisboa y que está constitucionalmente garantizada por el control de identidad del artículo 23.1 frase 3, en conexión con el artículo 79.3 LFB. Los valores del artículo 2 del TUE versión

Lisboa, contenidos en parte como principios en el actual artículo 6.1 TUE, no proporcionan a la unión europea de integración la competencia para decidir sobre las propias competencias, de modo que el principio de atribución también en este sentido sigue vigente.

333

(a) El conjunto de Tratados europeos han asignado la interpretación del Derecho primario y del Derecho secundario a su propia jurisdicción europea. El Tribunal de Justicia y el Tribunal de primera instancia, en el marco de sus respectivas competencias, garantizan sobre la base del vigente Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en menor medida, del Tratado de la Unión Europea el respeto al Derecho en la interpretación de los Tratados (artículo 220 TCE; artículo 35 TUE). En el marco de la cuestión prejudicial corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse con carácter vinculante sobre la interpretación del Tratado y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y del Banco Central Europeo (artículo 234 TCE). De esta manera, el Derecho de los Tratados impone la jurisprudencia de los Tribunales europeos, en especial, la del Tribunal de Justicia, a los tribunales de los Estados miembros, a través de las órdenes nacionales de aplicación del Derecho dadas mediante la Ley de aprobación del respectivo Tratado.

334

De la subsistente soberanía del pueblo, anclada en los Estados miembros, y de la circunstancia de que los Estados siguen siendo los señores de los Tratados —en todo caso hasta la constitución formal de un Estado federal europeo y del cambio del sujeto de legitimación democrática que deberá expresamente realizarse—, se deriva que no puede haberse desprovisto a los Estados miembros del derecho a controlar el respeto al programa de integración.

335

En virtud del mandato constitucional, el Derecho federal despla-

za al Derecho de los *Länder* en caso de conflicto (véase el artículo 31 LFB). El derecho supranacional no posee un efecto de derogación tal que anule la norma. La primacía de aplicación del Derecho europeo no afecta a la vigencia del Derecho nacional incompatible y solamente lo desplaza en la aplicación en la medida en que los Tratados lo requieran y también lo permitan de conformidad con el mandato de aplicación legal dado a nivel interno a través de la Ley de aprobación (véase BVerfGE 73, 339 <375>). El Derecho nacional que es contrario a la Comunidad y a la Unión solamente será inaplicado en la medida en que lo requiera el contenido normativo comunitario o de la Unión con el que resulta incompatible.

336

Esta construcción, que en la aplicación jurídica cotidiana es más bien teórica, porque a menudo no conduce a diferencias prácticas en cuanto a sus efectos jurídicos, tiene sin embargo efectos en la relación entre la jurisdicción de los Estados miembros y la europea. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tengan una función constitucional no pueden, en el marco de la competencia que se le ha encomendado —este es en todo caso el criterio de la Ley Fundamental— ser privados de la responsabilidad sobre los límites de su habilitación constitucional para la integración y sobre la salvaguardia de la identidad constitucional indisponible.

337

El mandato de integración de la Ley Fundamental y el Derecho europeo vigente contenido en los Tratados exigen, con la idea de una comunidad jurídica del ámbito de la Unión, la limitación del ejercicio del poder judicial de los Estados miembros. No deben producirse efectos que pongan en peligro la integración por el hecho de que la unidad del ordenamiento jurídico de la Comunidad sea puesta en cuestión por sentencias de distinta aplicación de los tribunales de los Estados miembros. El Tribunal Constitucional Federal ha limitado su competencia de carácter general, originalmente asumida, a controlar la ejecución del Derecho comunitario europeo

en Alemania con respecto al estándar de los derechos fundamentales de la Constitución alemana (véase BVerfGE 37, 271 <283>), y lo ha hecho en la confianza de que esta obligación se realiza de forma equivalente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (véase BVerfGE 73, 339 <387>; confirmada en BVerfGE 102, 147 <162 y ss.>). El Tribunal Constitucional Federal sólo pudo reconocer «en principio» el carácter definitivo de las sentencias del Tribunal de Justicia, debido a la posición de las instituciones de la Comunidad, que deriva del Derecho internacional (BVerfGE 73, 339 <367>).

338

Con respecto a que los reclamantes, en el proceso sobre la constitucionalidad de la Ley de aprobación alemana del Tratado de Maastricht, infirieran del carácter definitivo de las sentencias del Tribunal de Justicia un poder de disposición pleno de las instituciones comunitarias sobre el Derecho de los Tratados y con ello una transferencia constitucional inadmisible no de derechos de soberanía individuales, sino de la soberanía, el Tribunal Constitucional Federal ha ya rebatido dicho argumento en la referida Sentencia sobre el Tratado de Maastricht. El Tribunal Constitucional Federal ha afirmado que controla si los actos jurídicos de los organismos e instituciones europeas se mantienen dentro de los límites de los derechos de soberanía que se les han transferido o si se produce por la jurisdicción comunitaria una interpretación extensiva de los Tratados equivalente a una reforma autónoma de los Tratados que resulta inadmisible (BVerfGE 89, 155 <188, 210>; en términos similares, recientemente, Tribunal Constitucional Checo, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, referencia Pl. ÚS 19/08, Tratado de reforma del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, marginal 139).

339

La primacía de aplicación del Derecho europeo continúa siendo, incluso con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, un elemento

transferido por un tratado internacional, y por tanto un elemento de carácter derivado que solamente surtirá efecto jurídico en Alemania con la orden de aplicación de la norma dada por la Ley de aprobación del Tratado de Lisboa. El hecho de que el elemento de la primacía de aplicación no esté expresamente previsto en los Tratados, sino que se haya derivado en la primera fase de la integración europea por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mediante la interpretación, no cambia nada en esta relación de derivación. De la subsistente soberanía de los Estados miembros resulta que, en todo caso, si se carece ostensiblemente del mandato jurídico constitutivo de aplicación de la norma, se determina por el Tribunal Constitucional Federal la inaplicabilidad de tal acto jurídico en Alemania. Esta determinación debe también producirse cuando dentro o fuera de los límites de los derechos de soberanía transferidos, éstos son ejercidos en Alemania de tal modo que se produce como consecuencia de ello una violación de la identidad constitucional, que es indisponible por el artículo 79.3 LFB y que se respeta por el Derecho europeo de los Tratados, en especial por el artículo 4.2 frase 1 del TUE versión Lisboa.

340

La Ley Fundamental aspira a integrar a Alemania en una comunidad jurídica de Estados pacíficos y libres, pero no renuncia a la soberanía contenida en última instancia en la Constitución alemana. Por eso no hay contradicción con respecto al objetivo de apertura al Derecho internacional si el legislativo, excepcionalmente, no cumple con el derecho de los tratados internacionales —aceptando, sin embargo, las consecuencias correspondientes en las relaciones internacionales— en caso de que ésta sea la única manera de evitar una violación de los principios fundamentales de la Constitución (véase BVerfGE 111, 307 <317-318>). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas basó su Sentencia de 3 de septiembre de 2008 en el asunto Kadi en una interpretación similar, según la cual se pueden aducir principios jurídicos fundamentales de la Comunidad frente a la pretensión de validez de Derecho internacio-

nal de una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (TJCE, casos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, EuR, 2009, p. 80 <100 y ss.>). El Tribunal de Justicia, de esta manera, ha situado, en un caso límite, la afirmación de su propia identidad como comunidad jurídica por encima del compromiso que en cualquier otro caso respeta: tal figura jurídica no sólo resulta habitual en las relaciones jurídicas internacionales como invocación del *ordre public* como límite a un compromiso adquirido en un tratado; también corresponde, en todo caso en una relación constructiva, con la idea de relaciones políticas entre ordenamientos que no están estructurados de forma acorde con una estricta jerarquía. En todo caso, objetivamente no resulta contradictorio con respecto al objetivo de apertura al Derecho europeo, es decir, a la participación de la República Federal de Alemania en la realización de una Europa unida (Preámbulo, artículo 23.1 frase 1 de la Ley Fundamental) que, excepcionalmente, y bajo condiciones especiales y estrictas, el Tribunal Constitucional Federal declare el Derecho de la Unión Europea inaplicable en Alemania (véanse BVerfGE 31, 145 <174>; 37, 271 <280 y ss.>; 73, 339 <374 y ss.>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <174-175>; 102, 147 <162 y ss.>).

341

(b) Al contrario de las alegaciones formuladas por el demandante citado en III, la competencia constitucionalmente prevista de reserva del Tribunal Constitucional Federal no queda afectada por la Declaración número 17 sobre la primacía aneja al Acta Final del Tratado de Lisboa. Esta Declaración pone de relieve que, de conformidad con la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, bajo las condiciones establecidas en dicha jurisprudencia, los Tratados y el Derecho comunitario derivado adoptado por la Unión sobre la base de los Tratados gozan de primacía sobre el Derecho de los Estados miembros.

342

La primacía de aplicación presupone en primer lugar la eficacia

directa del Derecho europeo en los Estados miembros (véase Oppermann, *Europarecht*, 3ª ed., 2005, § 7, marginales 8 y ss. para más referencias). En el ámbito de la política exterior y de seguridad común, no se han previsto los actos jurídicos a los que sería de aplicación la Declaración número 17 sobre la primacía. El Tratado no proporciona a la Unión ningún derecho de soberanía que permita la «injerencia» supranacional en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (véanse los artículos 24.1 y 40 del TUE versión Lisboa y la Declaración número 14 aneja al Acta Final del Tratado de Lisboa).

343

El fundamento y el límite a la vigencia del Derecho de la Unión Europea en la República Federal de Alemania es el mandato de aplicación del derecho contenido en la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, mandato que solamente puede ser impartido dentro del marco del orden constitucional vigente (véase BVerfGE 73, 339 <374 y ss.>). En este sentido, resulta indiferente si la primacía de aplicación del Derecho de la Unión, que el Tribunal Constitucional Federal ha reconocido ya esencialmente al Derecho comunitario (véase BVerfGE 31, 145 <174>), está previsto en los Tratados mismos o en la Declaración número 17 aneja al Acta Final del Tratado de Lisboa. Ya que en Alemania, la primacía del Derecho de la Unión solamente es aplicable en virtud del mandato de aplicación del derecho dado por la ley por la que se autoriza la ratificación de los Tratados. En lo que respecta al poder soberano ejercido en Alemania, la primacía de aplicación solamente rige en la medida en que la República Federal de Alemania haya aceptado tal norma de resolución de conflictos y se le permitiera aceptarla (véase Nettesheim, «Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa», *EuR*, 2004, p. 511 <545-546>; Sauer, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, 2008, p. 162 y ss.; Streinz, *Europarecht*, 8ª ed., 2008, marginales 224 y ss.). Con esto se constata al mismo tiempo que desde la perspectiva de la primacía de aplicación del Derecho comunitario, y en el

futuro del Derecho de la Unión, no cabe derivar una argumentación decisiva en favor de la renuncia a la estatalidad soberana o a la identidad constitucional tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

344

bb) La Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa no supone una renuncia al territorio estatal de la República Federal de Alemania. Es cierto que el elemento limitativo del territorio estatal, que se pone especialmente de relieve mediante las fronteras territoriales, que deben fundamentalmente evitar el ejercicio de poder soberano extranjero sobre el territorio estatal, ha perdido relevancia. A través de Tratados internacionales de reforma y complementarios del Derecho primario existente es como se ha creado sobre todo el mercado interior (artículo 14.2 TCE) y se han suprimido los controles en las fronteras en el espacio conocido como espacio Schengen. El Tratado de Lisboa profundiza en la relativización del elemento fronterizo al instaurar un sistema integrado de gestión de las «fronteras exteriores» de la Unión Europea (artículo 77.1, letra c) y 77.2 letra d) TFUE). No obstante, la Unión Europea ejerce poder soberano en Alemania sobre la base de las competencias transferidas en la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, y de este modo con la expresa autorización de la República Federal de Alemania. Un poder estatal vinculado al territorio (véase Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed., 1921, p. 394) sigue existiendo, todavía inalterado, aun en las mudadas condiciones de movilidad transfronteriza.

345

A esto no se opone el hecho de que el «espacio sin fronteras interiores» (artículo 14.2 TCE, artículo 154.1 TCE) y el «espacio de libertad, seguridad y justicia», que ha sido comunitarizado por el Tratado de Lisboa (artículos 67 y ss. TFUE), también limiten la soberanía territorial como elemento del territorio estatal. De conformidad con el Tratado de Lisboa, la Unión Europea no tiene una

soberanía territorial global que sustituya la de la República Federal de Alemania. Que no se pretende dicha soberanía ni tan siquiera con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa es algo que se pone de relieve por el hecho de que el Tratado haga solamente referencia al «ámbito de aplicación territorial» de los Tratados (artículo 52 TUE versión Lisboa; artículo 355 TFUE). Dicho ámbito de aplicación territorial es accesorio respecto al territorio estatal de los Estados miembros, cuya suma conforma el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (artículo 52 TUE versión Lisboa, artículo 355 TFUE). No existe ningún territorio que pertenezca directamente a la Unión que esté libre de este carácter accesorio (sobre la expansión del ámbito de aplicación por la ampliación del territorio de un Estado miembro, véase Oppermann, *Europarecht*, 3ª ed., 2005, § 4, marginal 36).

346

cc) Tras la ratificación del Tratado de Lisboa, la República Federal de Alemania continuará disponiendo de un pueblo del Estado. El concepto de «ciudadano de la Unión», que ha experimentado entretanto un mayor desarrollo en el Derecho de la Unión, se fundamenta exclusivamente en el Derecho de los Tratados. La ciudadanía de la Unión deriva exclusivamente de la voluntad de los Estados miembros y no constituye un pueblo de la Unión, que, en tanto sujeto jurídico autoconstituyente estaría llamado a su propia autodeterminación.

347

En particular, de la introducción de la ciudadanía de la Unión no se puede colegir la instauración de un Estado federal. Comparaciones históricas con la creación de un Estado federal alemán a través de la Confederación del Norte de Alemania de 1867 (véase por ejemplo Schönberger, *Unionsbürger*, 2005, ps. 100 y ss.) no ayudan mucho en este contexto. Según la plasmación del principio de soberanía del pueblo en Europa, solamente los pueblos de los Estados miembros pueden disponer de su respectivo poder consti-

tuyente y de la soberanía del Estado. Sin la voluntad de los pueblos expresamente declarada, las instituciones democráticamente elegidas no están capacitadas para crear un nuevo sujeto de legitimación, o para deslegitimar los existentes, en los espacios constitucionales estatales.

348

En este sentido, la ciudadanía de la Unión no es algo que cultural o normativamente preceda al Derecho de los tratados vigente, y del cual puedan derivarse efectos jurídicos de configuración constitucional. La ciudadanía de la Unión, que ha sido ya incorporada al Derecho primario en anteriores modificaciones de los Tratados, constituye un status derivado y complementario de la ciudadanía nacional (artículo 17.1 frases 2 y 3 TCE; artículo 9 frase 3 TUE versión Lisboa). Este status tampoco resulta alterado por los derechos vinculados a la ciudadanía de la Unión, incluso aunque el Tratado de Lisboa amplíe estos derechos. A los ciudadanos de la Unión se les reconoce un derecho a participar en la vida democrática de la Unión Europea (artículo 10.3, artículo 11.1 TUE versión Lisboa), con lo que se enfatiza la existente relación estructural necesaria entre la comunidad cívica y el poder público. Además, se facilita el ejercicio de los derechos ya existentes de los ciudadanos de la Unión en el ámbito de la protección diplomática y consular y de los documentos que legitiman para el ejercicio de derechos (véanse los artículos 23.2 y 77.3 TFUE).

349

Otras reformas del Derecho primario tampoco conducen a que la ciudadanía de la Unión sustituya al status de ciudadanía original. Del contexto general del Tratado de Lisboa queda claro que con el cambio en la redacción del artículo 9 frase 3 del TUE, versión Lisboa, con respecto al artículo 17.1 frase 2 TCE (véase Schrauwen, «European Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change at all?», *MJECL*, 2008, p. 55 <59>), con el empleo de los términos «ciudadanos de la Unión» en relación con el Parlamento Europeo (artí-

culo 14.2 (1) frase 1 TUE, versión Lisboa), y con el decisivo papel de los ciudadanos de la Unión en la iniciativa ciudadana europea (artículo 11.4 TUE versión Lisboa) no se pretende crear un sujeto de legitimación personal independiente en el plano europeo.

350

También con respecto al desarrollo de los derechos de los ciudadanos de la Unión, el pueblo del Estado alemán continúa existiendo mientras la ciudadanía de la Unión no reemplace o se superponga a la condición de ciudadano de los Estados miembros. El carácter derivado de la ciudadanía de la Unión y la pervivencia de la ciudadanía de los Estados miembros conforman el límite del desarrollo de los derechos de ciudadanía de la Unión, previsto en el artículo 25.2 TFUE, y el límite de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sobre la relevancia de la ciudadanía de la Unión véase TJCE, Sentencia de 12 de mayo de 1998, asunto C-85/96, Martínez Sala, Col. 1998, p. I-2691 marginales 62-63; TJCE, Sentencia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, Grzelczyk, Col. 2001, p. I-6193, marginales 31-32; TJCE, Sentencia de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, Baumbast, Col. 2002, p. I-7091, marginal 82; TJCE, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, asunto C-456/02, Trojani, Col. 2004, p. I-Col. 2004, p. I-9925, marginal 25). Así, los Estados miembros continúan teniendo posibilidades de establecer diferencias sobre la base de la nacionalidad. En los Estados miembros, el derecho de sufragio activo y pasivo para las respectivas instituciones de representación por encima del nivel municipal continúa reservado a los propios nacionales, lo mismo que continúa estando restringida la obligación de solidaridad financiera entre los Estados miembros en cuanto a prestaciones sociales a los ciudadanos de la Unión (véase TJCE, Sentencia de 18 de noviembre de 2008, asunto C-158/07, Förster, *EuZW*, 2009, p. 44 <45>).

351

c) Con el Tratado de Lisboa, los Estados miembros amplían el

ámbito de competencias y las posibilidades de acción política de la unión (*Verbund*) europea de integración. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las competencias ya existentes y las nuevas competencias transferidas serán ejercidas por la Unión Europea, que reemplaza a la Comunidad Europea. En particular, las nuevas competencias transferidas en los ámbitos de cooperación judicial en asuntos penales (aa) y civiles (bb), las relaciones económicas exteriores (cc), la defensa común (dd), así como en los asuntos sociales (ee), pueden y deben ejercidas por las instituciones de la Unión Europea de tal modo que en el plano interno de los Estados miembros permanezcan tareas de suficiente peso en cuanto a su extensión así como en cuanto a su importancia, que jurídicamente y también en la práctica sean premisa de una democracia viva. Las competencias recientemente atribuidas no son —en todo caso según la preceptiva interpretación— «elementos que creen un Estado», que tampoco desde una perspectiva global vulneran la estatalidad soberana de la República Federal de Alemania de manera constitucionalmente relevante. Para el análisis de la alegación de vaciamiento inconstitucional de las funciones del Bundestag alemán, puede quedar por determinar cuántos actos legislativos de los Estados miembros están ya influidos, predeterminados o determinados por la Unión Europea (véase recientemente Hoppe, «Die Europäisierung der Gesetzgebung: Der 80-Prozent-Mythos lebt», *EuZW*, 2009, ps. 168-169). Lo que es determinante para el examen constitucional de esta alegación no es la cantidad, sino si la República Federal de Alemania retiene posibilidades sustanciales de conformación a nivel nacional de ámbitos normativos y de ámbitos vitales centrales.

352

aa) (1) El Tratado de Lisboa amplía considerablemente las competencias de la Unión Europea en el ámbito de la administración del Derecho penal. Se confieren poderes a la Unión Europea para crear «normas mínimas» relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos «que sean de espe-

cial gravedad» y que tengan una dimensión transfronteriza «derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones» o de «una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes» (artículo 83.1 (1) TFUE). Los ámbitos delictivos para los que se plantea tal cooperación son enumerados con carácter ejemplificativo, pero pueden ser ampliados por decisión unánime del Consejo previa aprobación del Parlamento Europeo (artículo 83.1 (3) TFUE). Más allá de esta competencia para la aproximación de normas de Derecho penal que afectan a delitos de especial gravedad con una dimensión transfronteriza, se atribuye a la Unión una competencia adicional en Derecho penal, que ha sido ya asumida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (véase TJCE, Sentencia de 13 de septiembre de 2005, asunto C-176/03, Comisión/Consejo, Col. 2005, p. I-7879, marginal 47 y s.) en todos los ámbitos políticos que han sido, o serán objeto de medidas de armonización (artículo 83.2 frase 1 TFUE).

353

En lo que respecta al derecho del proceso penal, la Unión Europea puede establecer normas mínimas sobre la aceptación «recíproca» de pruebas entre los Estados miembros, sobre los derechos de los acusados, de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como sobre cualquiera otros elementos específicos que hayan sido determinados previamente por el Consejo mediante una decisión unánime, previa aprobación del Parlamento Europeo (artículo 82.2 (1) y (2) TFUE). Además, podrán establecerse medidas que impulsen y apoyen la prevención del delito (artículo 84 TFUE).

354

Finalmente, las competencias de Eurojust pueden ser ampliadas a partir del Tratado de Lisboa. Puede encomendarse a Eurojust, mediante el procedimiento legislativo ordinario, en particular la tarea de iniciar y coordinar medidas de instrucción penal (artículo 85.1 TFUE), reservando los actos formales de carácter procesal a las autoridades nacionales penales competentes (artículo 85.2

TFUE). Además de esto, podrá crearse mediante una decisión unánime del Consejo, adoptada previa autorización del Parlamento Europeo, la institución de una Fiscalía Europea, que sería responsable de la investigación y persecución penal, incluyendo la presentación de cargos antes los tribunales nacionales, por de pronto limitada a combatir los delitos contra los intereses financieros de la Unión Europea (artículo 86.1 TFUE).

355

(2) La garantía de la paz jurídica en forma de administración del Derecho penal ha sido siempre una de las funciones principales del poder estatal. En lo que respecta a la función de crear, asegurar e imponer una convivencia humana ordenada mediante la protección de los valores fundamentales de la vida en común sobre la base de un ordenamiento jurídico, el Derecho penal constituye un elemento indispensable para asegurar la inviolabilidad de ese ordenamiento jurídico (véase Sellert/Rüping, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, volumen 1, 1989, p. 49). Toda norma de Derecho penal contiene una desvaloración ética y social revestida de autoridad estatal de la conducta que penaliza. El contenido concreto de esta desvaloración deriva del tipo penal y de la amenaza de sanción penal (véase BVerfGE 25, 269 <286>; 27, 18 <30>). En qué medida y en qué ámbitos un ente político usa precisamente el recurso del Derecho penal como instrumento de control social constituye una decisión fundamental. Mediante el Derecho penal, una comunidad jurídica se dota de un código de conducta anclado en sus valores, cuya vulneración se considera, de conformidad con las convicciones jurídicas compartidas, tan gravosa e inaceptable para la convivencia social en la comunidad que requiere una sanción (véase Weigend, «Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?», *ZSW*, 1993, p. 774 <789>).

356

Con la decisión sobre la conducta punible, el legislador asume la

responsabilidad democráticamente legitimada de una forma de actuación soberana que se encuentra entre las más intensas amenazas sobre la libertad individual en un Estado constitucional moderno. El legislador es en principio libre respecto a la decisión de si quiere defender un bien jurídico determinado, cuya protección considera esencial, precisamente con los medios del Derecho penal, y cómo desea hacer esto en su caso (véase BVerfGE 50, 142 <162>; 120, 224 <240>; sobre la distinción entre ilícito penal y conducta contraria a las normas de derecho administrativo, véase BVerfGE 27, 18 <30>; 96, 10 <26>). Dentro de los límites constitucionales, el legislador puede además decidir libremente qué sanción impondrá a la conducta culposa. La averiguación de los delitos, la determinación del culpable, la comprobación de su culpa y su castigo corresponden a las instituciones responsables de la administración del Derecho penal, que con esta finalidad y bajo las condiciones establecidas por la ley, han de incoar y dirigir procedimientos penales, así como hacer cumplir las sanciones que se impongan (véase BVerfGE 51, 324 <343>).

357

Debido a la integración del Estado constitucional alemán en el orden de derecho internacional de la comunidad de estados, la libertad de acción del legislador puede quedar limitada por la Constitución debido a la obligación de aplicar el derecho supranacional en su propio ámbito de responsabilidad. Así, puede por ejemplo ser requerido para imponer sanciones por determinados actos con el propósito de hacer cumplir normas esenciales del derecho internacional general con respecto al individuo (véase BVerfGE 112, 1 <26>). Esto se aplica sobre todo al proceso de formación de una justicia penal internacional por genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (véase BVerfGE 113, 273 <296-297>; Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), Acuerdo de la Sección Cuarta de la Sala Segunda de 12 de diciembre de 2000 - 2 BvR 1290/99 -, *NJW*, 2001, p. 1848 y ss.). En cuanto que Estado miembro de la Unión Europea, Alemania ha adquirido más obliga-

ciones. Con la construcción y el desarrollo del «espacio de libertad, seguridad y justicia», que hasta el momento ha tenido lugar fundamentalmente de acuerdo con las disposiciones del «tercer pilar» intergubernamental del Derecho de la Unión Europea, ésta persigue el objetivo de poner en relación el proceso de crecimiento conjunto y la apertura de fronteras a personas, bienes, servicios y capital, con una mejor cooperación entre las autoridades responsables de la persecución penal. Los Estados miembros están de acuerdo en crear en determinados ámbitos normas penales y normas de procedimiento penal que tengan en cuenta las condiciones de los asuntos europeos transfronterizos.

358

Debido a la especialmente sensible afectación de la autodeterminación por las normas del Derecho penal y del proceso penal, las bases competenciales contenidas en los Tratados para tales progresos deben ser interpretadas de forma estricta —en ningún caso de forma extensiva—, y su uso requiere una especial justificación. El Derecho penal en esencia no sirve como instrumento técnico jurídico para la efectividad de una cooperación internacional, pero representa la decisión democrática especialmente sensible sobre el nivel mínimo ético-jurídico. Esto resulta también expresamente reconocido por el Tratado de Lisboa al equipar las nuevas competencias relativas a la administración del Derecho penal con un así llamado freno de emergencia que permite a un representante de un Estado miembro en el Consejo —responsable en última instancia ante su parlamento— evitar mediante su veto, por lo menos para su propio país, directivas relevantes para el Derecho penal, invocando «aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal» (artículo 83.3 TFUE).

359

(3) La lucha contra la criminalidad especialmente grave, que se aprovecha de la limitación territorial de la persecución penal por un Estado, o que, como en el caso de la corrupción, amenaza la viabi-

lidad del Estado de Derecho y de la democracia en la Unión Europea, puede constituir un motivo especial de justificación para la transferencia de derechos soberanos también en este ámbito. En este contexto, el Tratado de Lisboa se refiere a que tal criminalidad debe tener una dimensión transfronteriza (artículo 83.1 (1) TFUE), y que además derive del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes (artículo 83.1 (1) TFUE). Dicha necesidad particular no existe ya cuando las instituciones han formado la voluntad política correspondiente. No puede separarse del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones, porque resulta inconcebible de qué otro motivo puede derivarse la necesidad particular de combatirlas según criterios comunes si no es del carácter o de las repercusiones de las infracciones en cuestión.

360

La estricta interpretación que entonces se requiere para la protección del espacio primario democrático, determinado según la concepción de la Ley Fundamental, debe así constituir el fundamento de la decisión del representante alemán en el Consejo, cuando haya de adoptarse un acuerdo en el ámbito de reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y en general en el ámbito del proceso penal (artículo 82.1 y 82.2 TFUE).

361

En lo que respecta al ámbito de la competencia complementaria que hace posible la aproximación del Derecho penal en ámbitos políticos que hayan sido ya armonizados (artículo 83.2 TFUE), la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa puede ser considerada constitucional por la exclusiva razón de que, de conformidad con el Tratado, esta competencia debe ser interpretada de forma estricta. Tras la competencia complementaria se oculta una grave ampliación de la competencia sobre la administración del Derecho penal con respecto a la situación jurídica hasta ahora vigente. En todos los casos en que la Unión tiene competencias

para armonizar el derecho puede, según esto, para la «ejecución eficaz de la política de la Unión», establecer normas mínimas para la definición de infracciones y sanciones penales mediante directivas. Debido a la amenazadora falta de límites de este título competencial que afecta a la producción del Derecho penal, dicha disposición competencial es en sí misma tan difícilmente compatible con el principio de una transferencia objetivamente determinada y exclusivamente limitada de derechos de soberanía, como con la debida protección del legislador nacional, democráticamente comprometido especialmente con la decisión mayoritaria del pueblo.

362

El Tratado de Lisboa, no obstante, proporciona suficientes puntos de apoyo para una interpretación conforme con la Constitución. Por una parte, el supuesto de hecho que posibilita poderes legislativos en el ámbito del Derecho penal se formula de forma estricta. Según el mismo, la armonización de las correspondientes disposiciones jurídicas de los Estados miembros debe resultar «imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión» en el ámbito jurídico armonizado (artículo 83.2 frase 1 TFUE). A fin de que pueda considerarse cumplido tal supuesto de hecho excepcional y considerarse transferida la competencia adicional para legislar en Derecho penal, debe poder constatarse de forma manifiesta que realmente existe un grave déficit en la ejecución y que solamente puede ser solucionado por la amenaza de una sanción. Dichos presupuestos se aplican también a la existencia de una competencia adicional en Derecho penal que ya haya sido asumida por la jurisdicción europea.

363

La habilitación general para establecer infracciones y sanciones penales del artículo 83.1 TFUE debe ser interpretada de manera correlativamente limitada. En favor de esta interpretación está el catálogo de infracciones penales especialmente graves del artículo 83.1 (2) TFUE y el requisito de que debe tratarse de ámbitos

delictivos de especial gravedad con una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. El catálogo pone de relieve que son los ámbitos típicos de grave delincuencia transfronteriza aquéllos respecto a los que pueden establecerse normas mínimas, que deben dejar a los Estados miembros un ámbito de discrecionalidad sustancial. La autodeterminación democrática queda, no obstante, afectada de manera especialmente sensible cuando se priva a una comunidad jurídica de decidir sobre el carácter punible de una conducta, o incluso sobre la imposición de penas privativas de libertad, de conformidad con sus propias concepciones de valores. Esto es tanto más cierto cuanto más estrechamente están vinculadas dichas concepciones de valores con experiencias históricas, tradiciones religiosas y otros factores esenciales para la conciencia propia de las personas y de su comunidad. Por este motivo, en estos ámbitos sólo está permitido transferir de forma limitada la competencia sobre legislación penal, y es imprescindible en todo caso cumplir con los requisitos exigidos a una transferencia singular de derechos de soberanía (artículo 23.1 frase 2 de la Ley Fundamental) para ampliar el catálogo de ámbitos penales sobre los que la Unión puede legislar. La utilización de la habilitación dinámica en blanco del artículo 83.1 (3) TFUE, «teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia», para llevar a cabo una ampliación del catálogo de infracciones penales especialmente graves con una dimensión transfronteriza, supone objetivamente una ampliación de las competencias positivizadas de la Unión y queda por ello sujeta a la reserva de ley del artículo 23.1 frase 2 de la Ley Fundamental. Cuando se aplican las normas mínimas, debe también tenerse en cuenta que las disposiciones marco europeas solamente se refieren a la dimensión transfronteriza de una infracción penal concreta. La competencia penal de los Estados miembros, que no es, en principio, susceptible de integración, podría ser preservada si las normas mínimas no cubren el ámbito completo de una infracción penal sino solamente un tipo de supuesto de hecho (véase el artículo 2.2 de la Decisión marco del

Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros [Diario Oficial L 190 de 18.7.2002]).

364

Las competencias de la Unión Europea en el ámbito de la administración del Derecho penal deben ser además interpretadas de manera que se respeten las exigencias del principio de culpabilidad. El Derecho penal está basado en el principio de culpabilidad. Este principio presupone la responsabilidad propia del ser humano, que decide su actuación por sí mismo y que puede optar en virtud de su libre albedrío entre lo correcto y lo incorrecto. La protección de la dignidad humana está basada en la idea de persona en cuanto a ser espiritual y moral que tiene la capacidad de decidir y desarrollarse en libertad (véase BVerfGE 45, 187 <227>). En el ámbito de la administración del Derecho penal, el artículo 1.1 de la Ley Fundamental determina la concepción de la naturaleza de la sanción y la relación entre culpa y reparación (BVerfGE 95, 96 <140>). El principio de que cualquier sanción presupone culpa tiene pues su fundamento en la garantía de la dignidad humana del artículo 1.1 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 57, 250 <275>; 80, 367 <378>; 90, 145 <173>). El principio de culpabilidad forma parte de la identidad constitucional indisponible en razón del artículo 79.3 de la Ley Fundamental, y aquélla queda también protegida de las injerencias del poder público supranacional.

365

En el contexto de la relevancia del Derecho penal para la libertad individual, deben exigirse también requisitos específicos adicionales a la regulación que proporciona a un Estado miembro derechos especiales en el proceso legislativo (artículos 82.3 y 83.3 TFUE). Desde la perspectiva del Derecho constitucional alemán, el grado necesario de legitimación democrática a proporcionar por los parlamentos de los estados miembros sólo se puede garantizar si el

representante alemán en el Consejo ejerce los derechos nacionales establecidos en los artículos 82.3 y 83.3 TFUE únicamente bajo las instrucciones del Bundestag alemán y, en la medida en que así se requiere por las normas sobre legislación, del Bundesrat (véase también la Resolución de acompañamiento del Bundestag alemán de 24 de abril de 2008 sobre el Tratado de Lisboa, (Boletín Oficial del Parlamento Federal 16/8917, p. 6, Actas de las sesiones plenarias del Bundestag – Diario de sesiones del pleno 16/157, p. 16482 B>). En conjunto, la concreta realización de las atribuciones conforme a los artículos 82.2, 83.1 y 83.2 TFUE se asemeja en cuanto a su relevancia a una reforma de los Tratados y requiere un correlativo ejercicio de responsabilidad sobre la integración por parte de los órganos legislativos en el contexto del procedimiento de freno de emergencia.

366

En la medida en que la Unión Europea, en el ámbito de la administración del Derecho penal, quiera aplicar el procedimiento de pasarela general del artículo 48.7 del TUE, versión Lisboa, a la habilitación prevista por el artículo 82.2 (2) letra d) TFUE, para establecer normas mínimas para cualquiera otros aspectos del proceso penal, para pasar de la unanimidad requerida en el Consejo a la votación por mayoría cualificada, deben aplicarse los requisitos establecidos para el procedimiento de pasarela general. El representante del Gobierno alemán en el Consejo Europeo sólo puede aprobar una reforma de los Tratados si el Bundestag alemán y el Bundesrat aprueban una ley en el sentido del artículo 23.1 frase 2 LFB dentro de un plazo todavía por determinar, fijado en función de la finalidad del artículo 48.7 (3) TUE versión Lisboa. Esto es igualmente aplicable al caso de que la esfera de determinación de otros ámbitos penales de conformidad con el artículo 38.1 (3) TFUE se pretenda modificar a través del procedimiento de pasarela general, desde la unanimidad a la toma de decisión por mayoría cualificada.

367
bb) (1) El Tratado de Lisboa también amplía las posibilidades existentes de acción de la Unión Europea en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles. El núcleo de la norma del artículo 81 TFUE es el principio de reconocimiento mutuo de sentencias. Este principio ya ha desempeñado un importante papel en la práctica hasta el momento y será ahora incluido en los Tratados como fundamento de la cooperación judicial. La competencia para la aproximación jurídica, que se ha basado hasta ahora en el artículo 65 TCE, ha sido completada por el Tratado de Lisboa con la competencia sobre las medidas previstas para garantizar el acceso efectivo a la justicia, el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios, y el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia (artículo 81.2, letras e), g) y h) TFUE). El conjunto de casos para la armonización que requiere la existencia de elementos transfronterizos son enumerados de forma exhaustiva en la disposición. Puede quedar por determinar si el criterio de la necesidad de armonización debe ser interpretado de tal manera que sólo se refiera al funcionamiento no conflictivo del mercado interior (véase el Boletín Oficial del Parlamento Federal 16/8300, p. 175). Ya que el hecho de que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sólo permita una armonización bajo el requisito de su necesidad, deriva ya del principio de subsidiariedad (artículo 5.1 frase 2 y artículo 5.3 TUE versión Lisboa). En la medida en que las medidas de armonización afecten al Derecho de familia, la toma de decisiones corresponde al Consejo, que se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo (artículo 81.3 (1) TFUE). En esta materia, el Consejo puede decidir por unanimidad pasar al procedimiento legislativo ordinario con respecto a ciertos aspectos del Derecho de familia (artículo 81.3 (2) TFUE). Los parlamentos nacionales pueden notificar su oposición a tal cambio (artículo 81.3 (3) TFUE).

368
(2) La competencia de los Estados miembros sobre la adminis-

tración de justicia es una de las materias que, en principio, se reserva a los Estados miembros en la unión (*Verbund*) federal de Estados de la Unión Europea. Es cierto que los Estados miembros están obligados por el Derecho comunitario a garantizar una protección jurídica efectiva por el poder judicial, que no puede quedar mermada por las disposiciones jurídicas nacionales (véase TJCE, Sentencia de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84, Johnston, Col. 1986, p. 1651, marginales 17 y ss.; TJCE, Sentencia de 11 de septiembre de 2003, asunto C-13/01, Safalero, Col. 2003, p. I-8679, marginal 50). No obstante, esta regulación jurídica no afecta a la competencia de los Estados miembros para la organización del sistema judicial y de sus recursos personales y financieros. El contexto general del Capítulo tercero del Título V del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea demuestra que con el artículo 81.2 TFUE no se transfirió una correlativa competencia a la Unión Europea que restringiría dicha responsabilidad de los Estados miembros. La garantía de protección jurídica efectiva del artículo 19.4 de la Ley Fundamental y la garantía del derecho a la justicia cimentada en el principio del Estado de Derecho, también reconocidas por el Derecho de la Unión (véase Nowak, en: Heselhaus/Nowak, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2006, § 51), no quedan limitadas, por ejemplo, por la obligación de desarrollar métodos alternativos de resolución de conflictos (artículo 81.2 letra g) TFUE). El acceso de un ciudadano a un tribunal no puede, en principio, ser limitado por el Derecho primario ni secundario, ni resultar obstaculizado por la introducción de procedimientos preliminares extrajudiciales.

369

El que según el artículo 81.3 (1) TFUE, que diverge del artículo 81.2 TFUE, se establezcan las medidas sobre el Derecho de familia con repercusión transfronteriza por el Consejo mediante un procedimiento legislativo especial, debe verse solamente como una divergencia procedimental, frente a las normas para el Derecho civil general, que viene a reforzar las competencias de los Estado miem-

bros, pero no como la posibilidad de una ampliación del contenido de las competencias del Consejo sobre medidas del Derecho de familia que no encuentran su equivalencia en el catálogo del artículo 81.2 TFUE. Si esto se entendiera, no obstante, de forma diferente, se tendría que asegurar —sin perjuicio del núcleo de identidad protegida de la Constitución— que no se recurra a la competencia del artículo 81.3 (1) TFUE sin la preceptiva intervención de los órganos legislativos alemanes.

370
cc) (1) Además, el Tratado de Lisboa reforma las disposiciones relativas a la política comercial común. Esto afecta especialmente a las inversiones extranjeras directas así como al comercio de prestación de servicios y a los aspectos comerciales de la propiedad intelectual (artículo 207.1 TFUE).

371
La política comercial común, esto es, la representación exterior de la política comercial del mercado interior a nivel mundial, es ya, de conformidad con el Derecho comunitario vigente, un ámbito de competencia exclusiva de la Comunidad Europea (TJCE, Dictamen 1/94 de 15 de noviembre de 1994, Col. 1994, I-5267 marginales 22 y ss.). Esto, sin embargo, no incluye las inversiones extranjeras directas, el comercio en prestaciones de servicios y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual. La Comunidad Europea no tiene hasta el momento competencia sobre las inversiones directas y solamente tiene una competencia concurrente sobre el comercio en prestaciones de servicios y sobre los aspectos comerciales de la propiedad intelectual (artículo 133.5 TCE). Se pretende cambiar esto con el Tratado de Lisboa. De conformidad con el artículo 3.1 letra e) TFUE en conexión con el artículo 207.1 TFUE, la Unión Europea debe tener en el futuro competencia exclusiva sobre la política comercial común, incluyendo los ámbitos arriba mencionadas.

372
(1) Según esto, quedan bajo la competencia exclusiva de la Unión en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), entre otros, acuerdos tales como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Con ello decae el fundamento de la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hasta el momento, según la cual, debido a la hasta ahora competencia compartida en este ámbito, el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo OMC) de 15 de abril de 1994 (Diario Oficial 1994 núm. L 336/3), en cuanto a un así llamado acuerdo mixto, tenía que ser concluido y ratificado por la Comunidad Europea y por los Estados miembros (véase TJCE, Dictamen 1/94 de 15 de noviembre de 1994, Col. 1994, p. I-5267, marginales 98 y 105; sobre el status de un tratado internacional como acuerdo mixto véanse también TJCE, Dictamen 1/78 de 4 de octubre de 1979, Col. 1979, p. 2871 marginal 2; TJCE, Dictamen 2/91 de 19 de marzo de 1993, Col. 1993, p. I-1061, marginales 13 y 39).

373
De conformidad con ello, la Unión debe tener en el futuro competencia exclusiva para la conclusión y la ratificación de tratados internacionales en el marco de la política comercial común, incluyendo aquellos referidos a los ámbitos incorporados con carácter novedoso en el artículo 207.1 TFUE; la necesidad y la posibilidad de llegar a un acuerdo (también) por los Estados miembros y la con ello relacionada participación de los parlamentos nacionales de conformidad con sus respectivas disposiciones constitucionales (artículo 59.2 de la Ley Fundamental) dejan así de existir. Por el contrario, el papel del Parlamento Europeo, que, de conformidad con las disposiciones vigentes, ni siquiera tiene que ser escuchado para la conclusión de tratados en el marco de la política comercial común, resulta reforzado. De conformidad con el artículo 207.2 TFUE, se establece un marco de aplicación de la política comercial

común mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. El Parlamento Europeo debe dar su aprobación a la adopción de tratados de conformidad con el artículo 218.6 (2) letra a) número v TFUE (con respecto al alcance de la necesidad de aprobación, que todavía no ha sido aclarada, véase Krajewski, «Das institutionelle Gleichgewicht in den auswärtigen Beziehungen», en: Herrmann/Krenzler/Streinz, *Die Außenwirtschaftspolitik der Europäischen Union nach dem Verfassungsvertrag*, 2006, p. 63 <69 y ss.>).

374

Con la referida competencia exclusiva, la Unión logra el poder exclusivo de disposición sobre los acuerdos de comercio internacional que pueden derivar en reestructuraciones esenciales del ordenamiento interno de los Estados miembros. El cambio competencial referido que se produce con el Tratado de Lisboa afecta a los Estados miembros más allá de la pérdida de su competencia para celebrar acuerdos de comercio internacionales —y de la consiguiente eliminación de la participación legislativa del Bundestag y del Bundesrat de conformidad con el artículo 59.2 de la Ley Fundamental que conlleva— también hasta el punto de que podría reducir la condición de miembro de los Estados miembros a la Organización Mundial del Comercio a algo meramente formal. El derecho de voto en las instituciones de la Organización Mundial del Comercio sólo podría ser ejercido por la Unión Europea. Además, los Estados miembros perderían su capacidad formal de ser parte en los procedimientos de resolución de conflictos de la Organización Mundial del Comercio. Los Estados miembros quedarían también excluidos de las negociaciones globales sobre acuerdos nuevos o reformados —las así llamadas rondas de comercio mundial— en el marco de la política comercial común ampliada (sobre los detalles, véase Tietje, «Das Ende der parallelen Mitgliedschaft von EU und Mitgliedstaaten in der WTO?», en: Herrmann/Krenzler/Streinz, *Die Außenwirtschaftspolitik der Europäischen Union nach dem Verfassungsvertrag*, 2006, p. 161 <171 y ss.>).

375

Puede queda por determinar si y en qué medida la condición de miembros de la Organización Mundial del Comercio de los Estados miembros de la Unión Europea dejaría de existir en el plano material sustantivo, subsistiendo sólo en el plano formal institucional. El Tratado de Lisboa no puede en ningún caso obligar a los Estados miembros a renunciar a su status de miembros. Esto es especialmente aplicable a las negociaciones sobre relaciones comerciales multilaterales en el sentido del artículo 2.III del Tratado OMC, ya que su potencial contenido futuro no se determina por el Derecho de la Unión Europea, y para las que por tanto puede en el futuro surgir una competencia de los Estados miembros —en función de cómo discurran las futuras rondas de comercio—. Por ello, no puede producirse una reducción inadmisible de la estatalidad presupuesta y protegida por la Ley Fundamental y del principio de soberanía del pueblo por una pérdida de la capacidad de acción en ámbitos no irrelevantes de las relaciones internacionales entre Estados. La Organización Mundial del Comercio continúa siendo el foro central para el diálogo internacional sobre temas comerciales y para la negociación de los correspondientes acuerdos comerciales. Incluso si los Estados miembros, en la práctica, son normalmente representados por la Comisión, su presencia jurídica y diplomática es también el presupuesto para participar en el debate sobre cuestiones fundamentales mercantiles, económicas y de política social, y para después explicar y debatir los argumentos y las conclusiones en el plano nacional. Cuando el Gobierno federal informa al Bundestag alemán y al Bundesrat sobre los temas de las rondas de comercio internacional y sobre las líneas de negociación fijadas por el Consejo (artículo 218.2 TFUE), permitiéndoles así la revisión del respeto al programa de integración por la Unión Europea y controlar la actividad del Gobierno federal, esto no es sólo el ejercicio normal de su deber general de información (véase BVerfGE 57, 1 <5>; 70, 324 <355>; 105, 279 <301 y s.>; 110, 199 <215>); sino que está constitucionalmente obligado a hacerlo debido a la responsabilidad conjunta sobre la integración y el reparto de funcio-

nes entre los órganos constitucionales de conformidad con la separación de poderes.

376

La idea de que la personalidad jurídica propia de los Estados miembros en las relaciones exteriores va experimentando un progresivo retroceso con respecto a la Unión Europea, que actúa cada vez más claramente de forma análoga a la de un Estado, no es en absoluto reflejo de una tendencia predecible, convertida en irreversible por el Tratado de Lisboa, en el sentido de formación de un Estado federal, que sería en la práctica en todo caso necesaria. El desarrollo hasta la fecha de un status de miembro cooperativo mixto y que es ejercido en paralelo podría, por el contrario, ser un modelo para otras organizaciones internacionales y otras asociaciones de Estados. Si se produjese, no obstante, una evolución de la Unión Europea de forma análoga a la de un Estado a partir del Tratado de Lisboa, que está abierto a un desarrollo en este sentido, esto estaría en contradicción con los fundamentos constitucionales. Dicho paso, sin embargo, no se ha dado con el Tratado de Lisboa.

377

(2) El marco para las inversiones extranjeras directas debe ser examinado sobre una base jurídica diferente. La protección de la inversión de derecho internacional público constituye una categoría independiente de derecho internacional para la que el contexto del comercio mundial posee sólo una importancia marginal (véase el Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio, DOCE 1994 núm. L 336/100). En la autonomía institucional se reflejan las diferencias de opinión sobre la protección de la propiedad en el plano internacional (véase Dolzer/Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2008, ps. 11 y ss). Durante décadas, han existido diferencias ideológicas profundas en relación con la importancia político-social y político-mercantil del derecho fundamental liberal a la propiedad (véase BVerfGE 84, 90 y ss.; 94, 12 y ss.; 112, 1 y ss.).

378

Numerosos Estados han concluido tratados internacionales bilaterales cuyo objeto es la protección de la propiedad del patrimonio extranjero. Este patrimonio extranjero, que en el caso de la República Federal de Alemania alcanzaba la cantidad de 5,004 billones de euros en 2007 (*Bundesbank* (Banco federal), «Das deutsche Auslandsvermögen seit Beginn der Währungsunion: Entwicklung und Struktur», Informe mensual 10.2008, p. 19, tabla), queda en su inmensa mayoría bajo el ámbito de aplicación de 126 tratados bilaterales de protección de la inversión que hasta entonces habían entrado en vigor (Ministerio federal de Economía y Tecnología, *Übersicht über die bilateralen Investitionsförderungs- und -schutzverträge <IFV> der Bundesrepublik Deutschland*, actualizado a 27 de mayo de 2008). Al final del año 2007, existían en todo el mundo un total de 2.608 tratados bilaterales de protección de la inversión (véase UNCTAD, World Investment Report 2008, Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge, p. 15).

379

La ampliación de la política comercial común a la «inversión extranjera directa» (artículo 207.1 TFUE) confiere a la Unión Europea competencia exclusiva también en esta materia. No obstante, hay muchos argumentos a favor de considerar que la expresión «inversiones extranjeras directas» solamente se refiere a inversiones que sirven para obtener el control de una empresa (véase Tietje, *Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon*, 2009, ps. 15 y 16). Esto tendría como consecuencia que la competencia exclusiva sólo sería para inversiones de este tipo mientras que los tratados de protección de la inversión que fueran más allá de esto tendrían que ser firmados como acuerdos mixtos.

380

No peligra la continuidad jurídica de los tratados ya concluidos. Los tratados de Derecho internacional de los Estados miembros, que fueron concluidos antes del 1 de enero de 1958, no quedan

en principio afectados por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 307.1 TCE; artículo 351.1 TFUE). En muchos casos, esta norma no es directamente aplicable porque los tratados bilaterales de protección de las inversiones han sido, por regla general, concluidos con carácter más reciente, pero en todo caso debe derivarse de este principio que una situación jurídica consolidada en los Estados miembros no queda en principio afectada por un paso de integración posterior (veáse Bernhardt, «Die Europäische Gemeinschaft als neuer Rechtsträger im Geflecht der traditionellen zwischenstaatlichen Beziehungen», *EuR*, 1983, p. 199 (205); Schmalenbach, en: Calliess/Ruffert, *EUV/EGV*, 3ª ed., 2007, Artículo 307 TCE, marginal 5). Con vistas a la competencia compartida en asuntos de inversiones, los tratados de protección de la inversión de los Estados miembros ya existentes deben ser autorizados por la Unión Europea (véase la Decisión del Consejo 2001/855/CE, de 15 de noviembre de 2001, por la que se autoriza la tácita recondución o el mantenimiento en vigor de las disposiciones cuyas materias estén sujetas a la política comercial común, contenidas en los tratados de amistad, comercio y navegación y en los acuerdos comerciales, celebrados por los Estados miembros con terceros países, DO L 320/13 de 5.12.2001). Esto corresponde a la práctica actual, expresamente reconocida o realizada de forma tácita, en lo que respecta a la continuidad de la vigencia de los tratados internacionales concluidos por los Estados miembros.

381

dd) La obligatoriedad de la reserva parlamentaria para las misiones internacionales de las fuerzas armadas seguirá existiendo tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El Tratado de Lisboa no confiere a la Unión Europea competencia alguna para recurrir a las fuerzas armadas de los Estados miembros sin el consentimiento del Estado miembro afectado en cada caso o de su Parlamento.

382

(1) La reserva parlamentaria constitucional sobre defensa de la

Ley Fundamental se aplica cuando, según el contexto de despliegue respectivo y las circunstancias específicas jurídicas y fácticas, quepa esperar en concreto la implicación de los soldados alemanes en los enfrentamientos armados. Las disposiciones de la Ley Fundamental que se refieren a las fuerzas armadas están orientadas a impedir que el Ejército federal sea un instrumento potencial de poder sólo a cargo del ejecutivo, sino que se inserta como «ejército parlamentario» en el orden constitucional democrático del Estado de Derecho (véase BVerfGE 90, 286 <381 y s.>; 121, 135 <153 y s.>).

383

La reserva parlamentaria constitucional sobre defensa justifica un derecho efectivo de codecisión del Bundestag alemán en asuntos exteriores que implican soberanía. Sin aprobación parlamentaria, el empleo de las fuerzas armadas no está por regla general permitido por la Ley Fundamental; solamente en casos excepcionales el Gobierno federal está autorizado –en caso de inminente peligro- a decidir provisionalmente el empleo de fuerzas armadas para que la capacidad defensiva y de alianza de la República Federal de Alemania no queden en cuestión por la reserva parlamentaria (véase BVerfGE 90, 286 <388 y s.>).

384

(2) El enunciado del Tratado de Lisboa no obliga a los Estados miembros a proporcionar fuerzas armadas nacionales para misiones militares de la Unión Europea. El enunciado y la historia de la elaboración de los artículos 42 y ss. TUE, versión Lisboa, muestran claramente el esfuerzo de los Estados miembros por retener la decisión soberana sobre el empleo de sus fuerzas armadas, que está anclada en última instancia en sus Constituciones. Esta interpretación del Tratado de Lisboa no se opone al artículo 42.7 (1) frase 1 del TUE versión Lisboa, que por vez primera introduce una obligación de asistencia mutua de los Estados miembros. En el caso de agresión armada sobre el territorio de un Estado miembro, «los

demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas».

385

Puede quedar por determinar si la doctrina jurídica cuestiona con razón la fuerza jurídica vinculante de esta obligación colectiva de asistencia mutua (véase Dietrich, „Die rechtlichen Grundlagen der Verteidigungspolitik der Europäischen Union», *ZaöRV*, 2006, p. 663 <694>; Regelsberger, „Von Nizza nach Lissabon - das neue konstitutionelle Angebot für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der EU», *integration* 2008, p. 266 <271>; Missiroli, „The Impact of the Lisbon Treaty on ESDP», European Parliament, January 2008, p. 15; Schmidt-Radefeldt, *Parlamentarische Kontrolle der internationalen Streitkräfteintegration,* 2005, p. 186; Thym, „Außenverfassungsrecht nach dem Lissaboner Vertrag», en: Pernice, *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?*, 2008, p. 173 <184-185>).

386

Del enunciado y de la ubicación del artículo 42 del TUE, versión Lisboa, queda claro en cualquier caso que la obligación de los Estados miembros de asistencia no va más allá de la obligación de asistencia conforme al artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte de 4 de abril de 1949 (BOF 1995 II p. 289). Esta obligación no necesariamente implica el empleo de medios militares sino que garantiza a los Estados miembros de la OTAN un ámbito de apreciación en lo que respecta al contenido de la asistencia a prestar (véase BVerfGE 68, 1 <93>). Además, el deber de asistencia mutua deja expresamente a salvo el «carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros» (artículo 42.7 (1) frase 2 TUE versión Lisboa), una afirmación que el Tratado contiene también en otras partes (véase el artículo 42.2 (1) frase 1 del TUE versión Lisboa y las Declaraciones número 13 y 14 sobre la Política exterior y de seguridad común anejas al Acta final del

Tratado de Lisboa). Los Estados miembros tienen así la posibilidad, garantizada por el Derecho primario, de invocar reservas de contenido de principio frente al deber de asistencia (véase Graf von Kielmansegg, *Die Verteidigungspolitik der Europäischen Union*, 2005, ps. 396 y ss.). La reserva parlamentaria constitucional sobre defensa de la Ley Fundamental puede desplegar su eficacia jurídica en el ámbito de aplicación de esta reserva.

387

(3) La reserva parlamentaria constitucional sobre defensa no puede ser eludida con base en las obligaciones de actuación de los Estados miembros que se fundamentan en el Derecho secundario. Es cierto que el Tratado de Lisboa proporciona al Consejo poderes para tomar decisiones sobre misiones «en las que la Unión podrá recurrir a medios civiles y militares» (artículo 43.1 y 2 del TUE versión Lisboa). La formulación «medios civiles y militares» podría también incluir contingentes de fuerzas armadas concretos de los Estados miembros. La concepción hasta el momento de los Estados miembros en el marco de la política exterior y de seguridad común se opone no obstante a esta perspectiva. Según aquélla, las contribuciones militares no han sido nunca una «deuda» jurídica, sino en todo caso política.

388

Incluso cuando el artículo 43.2 TUE versión Lisboa fuera interpretado en sentido amplio, el Consejo debería adoptar el correspondiente acuerdo por unanimidad (véanse los artículos 31.1 y 4, y 42.4 del TUE versión Lisboa). En este caso, el representante alemán en el Consejo estaría constitucionalmente obligado a negar su aprobación a cualquier proyecto de acuerdo que violara o eludiera la reserva parlamentaria constitucional sobre defensa de la Ley Fundamental. El requisito de la unanimidad en el Consejo no puede en este caso ser sustituido tampoco por un acuerdo del Consejo por mayoría cualificada (véase el artículo 31.2 y 3 del TUE versión Lisboa). Las decisiones con «implicaciones militares o de política

de defensa» están excluidas del ámbito de aplicación de la cláusula de pasarela general por el artículo 48.7 (1) frase 2 del TUE versión Lisboa y de la cláusula de pasarela especial por el artículo 31.4 TUE versión Lisboa. Un posible acuerdo político por parte de los Estados miembros de emplear las fuerzas armadas en la alianza europea no podría generar en el plano jurídico una obligación de acción que pudiera anular la reserva parlamentaria obligatoria del artículo 24.2 de la Ley Fundamental, que sería a este respecto más específica que la del artículo 23 de la Ley Fundamental.

389

(4) El Tratado de Lisboa habilita a los Estados miembros para la determinación progresiva de una política de defensa común. Tal política de defensa común, que ya es posible de conformidad con la versión vigente del artículo 17.1 del TUE, conduce a una defensa común «una vez que el Consejo Europeo lo haya decidido por unanimidad» y los Estados miembros hayan adoptado tal decisión «de conformidad con sus respectivas normas constitucionales» (artículo 42.2 (1) TUE versión Lisboa).

390

La exigencia de ratificación pone de relieve que la Unión Europea todavía no ha dado el paso hacia un sistema de seguridad colectiva mutua en la actual versión del Derecho primario ni en la situación jurídica que se genere tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Si los Estados miembros decidieran adoptar un acuerdo a este efecto, sólo existiría un deber de cooperación militar de los Estados miembros en el marco del Derecho internacional. Tampoco tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la política exterior y de seguridad común, incluyendo la política de seguridad y defensa común, se regirá por el Derecho supranacional (véanse lo artículos 24.2 y 40 del TUE versión Lisboa; artículo 2.4 TFUE y Declaración número 14 relativa a la política exterior y de seguridad común aneja al Acta Final del Tratado de Lisboa).

391
Si el Consejo Europeo acordara por unanimidad una defensa común, el principio de unanimidad que se aplica en el ámbito de la política exterior y de seguridad común (véanse los artículos 31, apartados1 y 4, y 42.4 TUE versión Lisboa) garantizaría que ningún Estado miembro pudiera ser obligado en contra de su voluntad a participar en una operación militar de la Unión Europea. En este caso, la reserva parlamentaria constitucional sobre defensa no podría tampoco ser eludida mediante una reforma ordinaria del Tratado (artículo 48, apartados 2 y 5 del TUE versión Lisboa) que suprimiera el principio de unanimidad en favor de una votación por mayoría cualificada. La República Federal de Alemania tendría constitucionalmente prohibido participar en tal reforma de los Tratados.

392
ee) El Tratado de Lisboa no restringe las posibilidades del Bundestag alemán de conformar la política social de tal manera que el principio del Estado social (artículo 23.1 frase 3, en relación con el artículo 79.3 de la Ley Fundamental) quede reducido de manera constitucionalmente reprochable, restringiendo de este modo de forma inadmisible los espacios necesarios de decisión democrática.

393
La alegación de los recurrentes citados en V de que la política económica europea es una política puramente orientada al mercado sin una orientación de política social y de que con su planteamiento funcional restringe las posibilidades del legislador en los Estados miembros de ejercer una política social decidida de forma autónoma, no es acertada. Ni la Unión Europea carece de competencias en política social, ni está inactiva en este ámbito. Al mismo tiempo, los Estados miembros tienen un ámbito competencial suficiente para adoptar decisiones de política social bajo su propia responsabilidad.

394

Desde el principio del proceso de integración, la Unión Europea ha tenido que enfrentarse con el reproche de desatender la dimensión social de la sociedad y de restringir de forma inadmisible la capacidad de conformación democrática de los Estados miembros en el ámbito de la política social. La tesis de una exclusión de lo social de los objetivos del proceso de integración se basó en una comparación implícita con un ordenamiento estatal, aun cuando la integración funcional, cuyo objetivo es la creación de un mercado interior, no tuviera necesariamente que cumplir las expectativas de unidad de la sociedad (véase, no obstante, Scharpf, «The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity», *JCMS*, 2002, ps. 645 y ss.). Ya en las negociaciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, se discutieron los asuntos sociales y encontraron acomodo en el texto del Tratado, por ejemplo, en el ámbito de la organización del mercado agrícola y de la igualdad de remuneración para mujeres y hombres (artículo 141 TCE, artículo 157 TFUE). Desde entonces, el tema social ha aumentado su importancia con cada reforma de los fundamentos jurídicos de la integración europea, y ha experimentado un correlativo reforzamiento en el Derecho primario (véase sobre el Derecho social europeo Huster, *Europäisches Sozialrecht: eine Einführung*, 1999; Hanau/Steinmeyer/Wank, *Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts*, 2002; Fuchs, *Europäisches Sozialrecht*, 4ª ed., 2005; Marhold, *Das neue Sozialrecht der EU*, 2005; de Búrca, *EU Law and the Welfare State*, 2005; Eichenhofer, *Sozialrecht der Europäischen Union*, 3ª ed., 2006).

395

En 1997, el Acuerdo Social que, debido a falta de consenso político, había sido elaborado primero como mecanismo independiente de derecho internacional a la par que el Tratado de Maastricht, fue incorporado al Derecho comunitario por el Tratado de Ámsterdam. Los artículos 136 a 150 TCE contienen competencias, entre otros, en los ámbitos del Derecho laboral, Seguridad

Social, formación y capacitación profesional, cogestión, diálogo con los agentes sociales y condiciones laborales (para los detalles véase, por ejemplo, Kingreen, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, 2003, ps. 295 y ss.). Estas disposiciones se completan con el artículo 13 TCE, que es el fundamento jurídico para las directivas antidiscriminatorias, con el artículo 39 TCE, que garantiza la libre circulación de los trabajadores, y con los derechos sociales fundamentales establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales, a los que, bajo la rúbrica de «Solidaridad», se dedica todo el Título IV de la Carta de Derechos Fundamentales (artículos 27 a 38 de la Carta). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en particular, ha entendido en los últimos años la ciudadanía de la Unión como el núcleo de la solidaridad europea y la ha desarrollado en su jurisprudencia sobre la base del artículo 18 en relación con el artículo 12 TCE. Esta línea jurisprudencial recoge el intento de crear una identidad social europea promoviendo la participación de los ciudadanos de la Unión en los sistemas sociales respectivos de los Estados miembros (véanse las aportaciones en Hatje/Huber, *Unionsbürgerschaft und soziale Rechte*, 2007, también Kadelbach, «Unionsbürgerrechte», en: Ehlers, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten,* 2ª ed., 2005, ps. 553 y ss.; Hailbronner, «Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen», *JZ*, 2005, ps. 1138 y ss.).

396

El Tratado de Lisboa se sitúa en esta línea de desarrollo: el Preámbulo del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea proclama en su segunda consideración la determinación de asegurar «mediante una acción común, el progreso económico y social» de los Estados miembros. La determinación de los objetivos del Tratado de la Unión Europea se han adaptado, de modo que la Unión trabaja para «una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social» (artículo 3.3 (1) TUE versión Lisboa). Al mismo tiempo, el objetivo de «competencia libre y no alterada» es suprimido de la parte operativa

del Tratado de la Unión Europea y es trasladado al Protocolo número 27 sobre mercado interior y competencia. De una nueva disposición de carácter transversal (artículo 9 TFUE) se espera que garantice que los condicionantes relacionados con la promoción de un alto nivel de empleo, la garantía de protección social adecuada y la lucha contra la exclusión social sean tenidos en cuenta en todas las políticas y actividades de la Unión (otros elementos nuevos del ámbito social se incorporan al Tratado de Lisboa mediante el artículo 5.3 (coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros), artículo 21.3 (ciudadanía de la Unión y seguridad social), artículo 152 (papel de los actores sociales) y artículo 165.2 TFUE (función social del deporte); el Protocolo núm. 29 señala la relación entre la existencia de un sistema de radiodifusión público y las necesidades sociales de cada sociedad.)

397

Las iniciativas y programas políticos que cumplen el Derecho y lo concretan responden al marco jurídico de acción. En sus conclusiones de la Presidencia, el Consejo Europeo de Bruselas de 11 y 12 de diciembre de 2007 reconoció expresamente que son de gran importancia los temas de progreso social y de protección de los derechos de los trabajadores, los servicios públicos como instrumento irrenunciable de cohesión social y regional, la responsabilidad de los Estados miembros de proporcionar servicios educativos y de salud, y el papel y la amplia discrecionalidad de las administraciones nacionales, regionales y locales en cuestiones de procura existencial (Boletín UE 12-2008, I-17 (Anexo 1)).

398

Finalmente, ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ciertamente hasta fechas recientes ha dado ocasión a críticas de «orientación (de la Unión Europea) unilateral hacia el mercado» pero al mismo tiempo ha señalado una serie de elementos en favor de una «Europa social». En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha desarrollado principios que refuerzan la di-

mensión social de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia ha reconocido por ejemplo numerosas demandas sociales importantes como elementos imprescindibles del bienestar general que pueden justificar las limitaciones de las libertades del mercado del Derecho comunitario. Éstas incluyen por ejemplo la protección de los trabajadores (TJCE, Sentencia de 15 de marzo de 2001, asunto C-165/98, Mazzoleni, Col. 2001, p. I-2189, marginal 27), el equilibrio financiero del sistema de seguridad social (TJCE, Sentencia de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, Müller-Fauré, Col. 2003, p. I-4509, marginal 73), los requisitos del sistema de asistencia social (TJCE, Sentencia de 17 de junio de 1997, asunto C-70/95, Sodemare, Col. 1997, p. I-3395, marginal 32) y del orden social (TJCE, Sentencia de 21 de octubre de 1999, asunto C-67/98, Zenatti, Col. 1999, p. I-7289, marginal 31) y la protección frente al dumping social (TJCE, Sentencia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05, Laval, Col. 2007, p. I-11767, marginal 103). En su sentencia de 11 de diciembre de 2007, el Tribunal de Justicia incluso reconoció la existencia de un derecho fundamental europeo a la huelga (TJCE, asunto C-438/05, Viking, Col. 2007, p. I-10779, marginal 44; una visión crítica en Rebhahn, «Grundfreiheit vor Arbeitskampf - der Fall Viking», *ZESAR*, 2008, ps. 109 y ss.; Joerges/Rödl, «Informal Politics, Formalised Law and the «Social Deficit» of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval», *ELJ*, 2009, ps. 1 y ss., así como las contribuciones en el Simposium «La repercusión de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el Derecho laboral de los Estados miembros» («*Die Auswirkung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten*»), organizado por el Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales el 26 de junio de 2008, http://www.bmas.de/).

399

Considerando la situación jurídica descrita, los desarrollos y la dirección política fundamental en la Unión Europea, no se sobrepa-

sa en todo caso el amplio ámbito de discrecionalidad que en cuestiones sociales existe también en el plano europeo. Al contrario de lo que los recurrentes citados en V temen, no hay indicios que permitan inferir que los Estados miembros quedan privados de su derecho y de las posibilidades prácticas de acción de tomar decisiones conceptuales en sus ámbitos democráticos primarios en favor de sistemas de seguridad social y otras medidas de la política social y del mercado de trabajo.

400

En la medida en que el artículo 48.1 TFUE autoriza a la Unión Europea a adoptar, en el ámbito de la Seguridad Social, las medidas que sean necesarias para garantizar la libertad de circulación de los trabajadores, un miembro del Consejo puede pedir, a través del procedimiento del freno de emergencia, que el asunto sea remitido al Consejo Europeo a fin de lograr así la suspensión del procedimiento legislativo ordinario (artículo 48.2 TFUE). De la misma manera que en el procedimiento de freno de emergencia en el ámbito de la administración del Derecho penal (artículos 82.3 y 83.3 TFUE), el representante alemán en el Consejo sólo puede ejercer este derecho de los Estados miembros por indicación del Bundestag alemán y, en la medida en que así lo requieran las normas sobre legislación, del Bundesrat.

401

2. La Ley de reforma de la Ley Fundamental (artículos 23, 45 y 93) (Ley de reforma), que es una ley de reforma de la Constitución, no presenta objeciones formales ni materiales y es por tanto acorde con la Constitución.

402

En el caso de una ley de reforma de la Constitución, el Tribunal Constitucional Federal revisa si los requisitos exigidos por el artículo 79.3 de la Ley Fundamental sobre las reformas constitucionales han sido respetados (véase BVerfGE 30, 1 <24>; 94, 12 <33-34>);

109, 279 <310>). De conformidad con el contenido normativo de la Ley de reforma, no resulta claro cómo los principios establecidos en los artículos 1 y 20 de la Ley Fundamental podrían resultar afectados.

403

a) Esto es especialmente aplicable al artículo 1 número 1 de la Ley de reforma, que incorpora a la Constitución el derecho a plantear una acción de subsidiariedad como un derecho de la minoría (artículo 23.1ª frase 2 de la Ley Fundamental, nueva versión). El sentido y propósito de la obligación prevista del Bundestag alemán de ejercer una acción es garantizar a la minoría parlamentaria la posibilidad de imponer los derechos del Bundestag alemán incluso cuando éste no desea ejercer sus derechos, en particular en relación con el Gobierno federal al que sostiene. Se trata de abrir al grupo parlamentario de la oposición, y así a la minoría parlamentaria organizada, como antagonista de la mayoría gubernamental, la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para hacer efectivos los derechos reservados al Parlamento en el sistema de integración europeo (sobre los procesos de conflictos entre órganos constitucionales véase BVerfGE 90, 286 <344>; 117, 359 <367 y s.>; sobre la conformación de la acción de subsidiariedad como un derecho de la minoría parlamentaria véase también el artículo 88-6 § 3 de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 en su versión de 26 de enero de 2009).

404

La inserción de un subapartado 1a) en el artículo 23 de la Ley Fundamental no tropieza con objeciones constitucionales tampoco en lo que respecta al quórum de un cuarto de los miembros del Bundestag alemán. Es cierto que la obligación del Bundestag de presentar una acción de subsidiariedad cuando así lo solicite una cuarta parte de sus miembros (artículo 23.1ª frase 2 de la Ley Fundamental, nueva versión) desplaza el principio de mayoría establecido en el artículo 42.2 de la Ley Fundamental. Esto es, sin

embargo, inobjetable por la sola razón de que no son decisiones con un efecto regulador, sino que se trata de la competencia para apelar a un tribunal (véase el artículo 93.1 número 2 de la Ley Fundamental).

405

b) La competencia de delegación prevista en el artículo 1 núm. 2 de la Ley de reforma conforme al artículo 45 frase 3 de la Ley Fundamental, en su nueva versión, no infringe los principios democráticos en el sentido del artículo 79.3 de la Ley Fundamental. El Bundestag nombra a una Comisión para los asuntos de la Unión Europea. Puede autorizar a la Comisión a ejercer los derechos del Bundestag de conformidad del artículo 23 de la Ley Fundamental frente al Gobierno federal. También puede autorizar a la Comisión a ejercer los derechos atribuidos al Bundestag en los Tratados que constituyen la base de la Unión Europea. Pero no es la concesión de estas competencias, sino exclusivamente su ejercicio, en el caso concreto, lo que puede plantear objeciones de constitucionalidad.

406

3. La Ley sobre la ampliación y fortalecimiento de los derechos del Bundestag y del Bundesrat en los asuntos relativos a la Unión Europea (Ley de Ampliación) viola el artículo 38.1, en relación con el artículo 23.1 de la LFB, puesto que los derechos de participación del Bundestag y el Bundesrat no se garantizan de modo suficiente.

407

a) Con la Ley de Ampliación, todavía sin firmar por el Presidente federal, deberían establecerse las precondiciones por las cuales el Bundestag y —en las funciones propias de una Cámara de un Parlamento nacional— el Bundesrat reconocen los derechos concedidos a través del Tratado de Lisboa (Boletín Oficial del Parlamento, 16/8489, pág. 7). La Ley regula el ejercicio de los derechos en el marco de los controles de la subsidiariedad (art. 1 § 2 y § 3 de la

Ley de Ampliación), así como el derecho previsto explícitamente en el Tratado de Lisboa de rechazar los actos legislativos de la UE modificadores del Tratado, según el procedimiento-pasarela previsto en el artículo 48.7 (3) del Tratado de Lisboa y art. 81.3 (3) del Tratado sobre el Funcionamiento de la UE (art. 1 § 4 de la Ley de Ampliación).

408

Además, la ley posibilita al Pleno del Bundestag para que faculte a la Comisión para los Asuntos de la UE, por él convocada según el art. 45 LFB, para hacer valer los propios derechos del Bundestag —incluidas las restricciones a la actividad legislativa en las reclamaciones sobre la subsidiariedad (*Subsidiaritätsklage*) y los derechos de rechazo en el marco del procedimiento-pasarela (*Brückenverfahren*), según los requisitos de la Ley de Ampliación (cfr. al respecto Boletín Oficial del Parlamento 16/8489, p. 8)— ante los órganos de la Unión Europea (art. 1 § 5 de la Ley de Ampliación).

409

b) En el caso en el cual los Estados miembros, sobre la base del principio de atribución de competencias singular y restringida, apliquen el derecho de los tratados europeos de modo tal que pueda ser introducida una modificación del derecho de los tratados, ya sea sin procedimiento de ratificación solamente, o producido sustancialmente por los órganos de la Unión Europea —también en el caso de la exigencia de aprobación unánime del Consejo— corresponde a los órganos constitucionales nacionales una particular responsabilidad en el ámbito de la participación. Esta responsabilidad de integración debe satisfacer en Alemania de modo suficiente las exigencias constitucionales, especialmente las del art. 23.1 LFB. La Ley de Ampliación no satisface estas exigencias, al no haberse establecido suficientes derechos de participación del Bundestag alemán y el Bundesrat en el ámbito de las modificaciones del Tratado y de los procedimientos legislativos.

410

aa) La Ley de Ampliación tiene la función de representar y concretizar en el derecho nacional, al nivel de la simple legislación, los derechos de participación, concedidos constitucionalmente, de los órganos legislativos en el proceso de integración europeo. A este propósito, el acuerdo entre el Bundestag y el Gobierno federal alemán sobre la cooperación en los asuntos referidos a la Unión Europea de 28 de septiembre de 2006 (Boletín Oficial Federal II, pág. 2177) no es suficiente, sea por su poco clara naturaleza jurídica (cfr. Hoppe, «Drum prüfe, wer sich niemals bindet - Die Vereinbarung zwischen Bundesregierung und Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union», en *DVBl* 2007, pág. 1540 <1540 y ss.>), sea por el contenido (cfr. entre otros la Resolución de acompañamiento (*Begleitresolution*) del Bundestag alemán de 24 de abril de 2008 sobre el Tratado de Lisboa <Boletín Oficial del Parlamento Federal 16/8917, pág. 6, Diario de Sesiones del Bundestag 16/157, S. 16482 B>). El Bundestag y el Bundesrat deben por ello tener la posibilidad de decidir nuevamente los procedimientos y las formas de la propia participación, en línea con los fundamentos de esta sentencia.

411

bb) El Bundestag y el Bundesrat deben tener en cuenta, en esa nueva decisión del legislador, que ellos deben aceptar la propia responsabilidad sobre la integración en numerosos casos correspondientes al desarrollo dinámico del Tratado:

412

(1) Mientras el procedimiento ordinario de reforma (art. 48, apartados 2 a 5 del Tratado de Lisboa) se somete a la clásica reserva de ratificación para los Tratados de Derecho Internacional, según la Constitución, también las modificaciones del derecho primario (europeo) por medio del procedimiento simplificado (art. 48.6 TUE versión Lisboa) requieren una Ley de ratificación, según el art. 23.1, frase 2 y eventualmente frase 3 de la LFB. La misma condi-

ción es válida para los procedimientos de reforma según el art. 48.6 TUE versión Lisboa (art. 42.2 (1) TUE versión Lisboa; art. 25.2, art. 218.8 (2), frase 2, art. 223.1 (2), art. 262 y 311.3 TFUE).

413

(2) En el ámbito de aplicación del procedimiento-pasarela general, según el art. 48.7 TUE versión Lisboa y de las cláusulas-pasarela especiales, el legislador no puede, por medio de la Ley de Ampliación, ceder ni conceder anticipadamente y de modo abstracto «en previsión» su necesaria y constitutiva ratificación de una iniciativa del Consejo Europeo y del Consejo para el paso de la exigencia de unanimidad a la de mayoría cualificada para las decisiones del Consejo y para cambiar de un procedimiento legislativo particular a un procedimiento legislativo ordinario. Con la aprobación de una reforma del derecho primario de los Tratados en el ámbito de la aplicación de la cláusula-pasarela general y de las cláusulas-pasarela especiales, el Bundestag y el Bundesrat deciden la extensión de los vínculos derivados de un Tratado de Derecho internacional y asumen por ello la responsabilidad política frente a los ciudadanos (cfr. BVerfGE 104, 151 <209>; 118, 244 <260>; 121, 135 <157>). La responsabilidad jurídica y política del Parlamento, por tanto, no se agota en un único acto de ratificación —también en el caso de la integración europea— sino que se extiende también a la sucesiva aplicación del Tratado. Un silencio del Bundestag y el Bundesrat no es, por ello, suficiente para asumir esa responsabilidad.

414

(a) Si bien el procedimiento-pasarela general según lo dispuesto en el art. 48.7 (3) del TUE versión Lisboa, así como las cláusulas-pasarela especiales del art. 81.3 (3) del TFUE, conceden a los parlamentos nacionales el derecho de rechazo, esto no es equivalente suficiente a la reserva de ratificación. Es por tanto indispensable que el representante del gobierno alemán en el Consejo Europeo o en el Consejo pueda aprobar una propuesta de decisión solamente

cuando haya recibido previamente el mandato con una Ley del Bundestag y del Bundesrat dentro de un plazo, todavía por definir, en el sentido del plazo establecido en el art. 48.7 (3) del TUE versión Lisboa y en el sentido del art. 23.1, frase 2, LFB.

415

El artículo 1 § 4.3, núm. 3, de la Ley de Ampliación se encuentra por ello en conflicto con la función del derecho de rechazo, que protege efectivamente a los Estados miembros de ulteriores —no previsibles— reformas del Tratado, en cuanto que dicho artículo prevé, en lo referente a esta cláusula, que la competencia de decisión sobre el ejercicio del derecho de rechazo en los casos de legislación concurrente correspondería al Bundestag solamente cuando no se opusiese el Bundesrat. Una configuración diferenciada del ejercicio del derecho de rechazo, como la prevista en el art. 1 § 4.3, núm. 3, de la Ley de Ampliación, no responde (justifica) a la responsabilidad general de integración del Bundestag. En consecuencia, la Constitución requiere que sea atribuida al Bundestag la competencia decisional sobre el ejercicio del derecho de rechazo en estos casos, independientemente de una deliberación del Bundesrat.

416

(b) Sobre la base de las ulteriores cláusulas-pasarela especiales en el art. 31.3 TUE versión Lisboa, art. 153.2 (4), art. 192.2 (2), art. 312.2 (2), así como art. 333.1 y 2 TFUE, que no contemplan un derecho de rechazo para los parlamentos nacionales, para el caso de la República Federal alemana puede adoptarse una ley vinculante en la Unión Europea solamente cuando el Bundestag y, en la medida en la que la disciplina sobre la legislación lo requiera, el Bundesrat, hayan concedido previamente la propia aprobación de una precisa propuesta de deliberación, dentro de un plazo, todavía por definir, en el sentido del plazo establecido en el art. 48.7 (3) TUE versión Lisboa, donde un silencio del Bundestag o del Bundesrat no debe interpretarse como aprobación.

417
(3) En el supuesto en que se aplicase la cláusula de flexibilidad en el art. 352 TFUE, ésta requiere también una Ley en el sentido del art. 23.1, frase 2 de la LFB.

418
(4) En el marco del procedimiento de «freno de emergencia» según el artículo 48.2, art. 82.3 y art. 83.3 TFUE, el Gobierno federal alemán puede actuar en el seno del Consejo solamente tras la explícita instrucción del Bundestag y, en la medida en la que la normativa sobre la legislación lo exija, el Bundesrat.

419
(5) En el ámbito de la cooperación en materia de justicia penal, el ejercicio del art. 83.1 (3) TFUE requiere una ley previa en el sentido del art. 23.1, frase 2 LFB. En el supuesto de que, en el ámbito del art. 82.2 (2), letra d, y art. 83.1 (3) TFUE, se aplicase la cláusula-pasarela general, ésta necesita –como en el resto de los casos de aplicación de la cláusula-pasarela general- la previa aprobación del Bundestag y del Bundesrat en forma de una Ley, en el sentido del art. 23.1, frase 2 LFB. Eventualmente vale esto también para los casos del art. 86.4 TFUE (poderes de la Fiscalía europea) y del art. 308.3 TFUE (Estatuto del Banco Europeo de Inversiones).

D.

420
Considerando que la Ley por la que se autoriza la Ratificación del Tratado de Lisboa sólo es conforme con la Constitución de acuerdo con los fundamentos de esta decisión y que la Ley de Ampliación es parcialmente inconstitucional, se deben resarcir parcialmente los gastos de los recurrentes, en proporción al éxito de sus recursos, en el sentido del § 34a.2 y 3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán. Por ello se resarcirán los gastos de

los recurrentes citados en III en la mitad, de los recurrentes citados en IV y VI en un cuarto cada uno, así como en un tercio a los recurrentes citados en V y el recurrente citado en II.

E.

421
Esta decisión se ha votado por unanimidad, y con 7 votos frente a uno en lo que se refiere a los fundamentos.

Voßkuhle, Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinghoff, Lübbe-Wolff, Gerhardt, Landau

ANEXO

ABREVIATURAS

Abl, Amtsblatt der Europäischen Union (DOCE/DOUE)
BGBl, Boletín Oficial Federal (Boletín Oficial de Legislación Alemana)
BTDrucks, Bundestagsdrucksache, Boletín Oficial del Parlamento Federal
BVerfGE, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal
BVerfGK, Decisiones de Sala del Tribunal Constitucional Federal
BVerwGE, Sentencias del Tribunal Administrativo Federal
CEDH, Convenio Europeo de Derechos Humanos
CSCE, Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa
DOUE, Diario Oficial de la Unión Europea
LFB, Ley Fundamental de Bonn
TEDH, Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
ZSE, Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften

TÉRMINOS ALEMANES DE TRADUCCIÓN COMPLEJA

Bevollmächtigte: representante legal
Bundestag: equivale al Congreso español
Bundesrat: equivale al Senado español
Europarechtsfreundlichkeit: principio de «amigabilidad» hacia el Derecho europeo (principio de apertura)

Herrschaftsverband: asociación soberana; también, unión soberana
Hoheitsgewalt: poder soberano; también, poder público
Kompetenz-Kompetenz: competencia para decidir sobre las propias competencias; también, competencia de (o sobre) las competencias
Organstreitverfahren: proceso de conflicto entre órganos constitucionales
Organwalter: actor del órgano, miembro del órgano
Plenarprotokoll (PlenProt): Diario de Sesiones del Pleno
Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung: principio de atribución singular y restringida de competencias
Prozessstandschaft: legitimación procesal por sustitución, representación procesal
Schriftsatz: escrito de alegaciones
Staalichkeit: estatalidad
Staatsverband: asociación (o unión) de Estados
Staatenverbund: unión (o asociación) de Estados
Stenographische Berichte (Sten.Ber.): Diario de Sesiones.
Subsidiaritätsrüge: sistema de alerta temprana aplicado al control de subsidiariedad (se ha traducido por alerta de subsidiariedad)
substantiiert: aunque se debería traducir por sustancial, lo hemos traducido en ocasiones por motivado, justificado, razonado.
supranationalisieren: supranacional o, en algún caso, comunitarizar
Zustimmungsgesetz: Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado

DEBATE

relatado por
Carlos Vidal Prado

He optado por agrupar en varios bloques las distintas cuestiones que se suscitaron en el rico y profundo debate que tuvo lugar tras la exposición de las dos ponencias. Creo que, de este modo, se recogen las ideas fundamentales que surgieron, aunque se hubieran expuesto con algunos matices que no es posible recoger en este relato.

1. El necesario diálogo entre tribunales

Alberto Gil Ibáñez planteó la necesidad de establecer, en el ámbito de la integración europea, mecanismos para que se escuche la voz de los Tribunales Constitucionales. Subrayó que en el Tratado de Lisboa se refuerza la posibilidad de opinar de los parlamentos, pero no se tiene en cuenta que los tribunales constitucionales deben tener también un cauce de opinión. Según él, esto es lo que motiva que los jueces alemanes aprovechen la Sentencia, para dejar clara su posición. En un sentido similar, Paloma Biglino considera que la Sentencia es una advertencia del Tribunal alemán. La sentencia se asimila a las Solange: en la medida en que la situación siga siendo ésta, y nos encontremos ante esta falta de legitimación democrática de las instituciones, el Tribunal Constitucional Federal mantiene su competencia de control sobre la Unión Europea. Pero, según Paloma Biglino, la Sentencia no excluye que si se avanza en la democratización, dicho órgano cambie de posición.

Paloma Biglino planteó, asimismo, la necesidad de diferenciar entre *auctoritas* y *potestas*: lo que dice el TCFA influye decisivamente en el TJCE. Un buen ejemplo de ello es la jurisprudencia del primero de estos órganos en materia de Derechos fundamenta-

les, que no sólo incidió en la evolución de la postura del segundo, sino que también influyó en la redacción definitiva del Tratado de Maastricht. Por eso esta Sentencia es importante de cara a ese necesario diálogo entre tribunales.

Como se puso de relieve en las ponencias y en el debate posterior, uno de los fundamentos sobre los que se construye la Sentencia es el de asumir como cierto el déficit democrático de la Unión Europea. Pero, el Tribunal alemán, en lugar de buscar los mecanismos que incrementen los niveles de democracia en el ámbito de la Unión, parece como si estuviese cómodo con la actual situación, como si no le interesase que se profundice en la democratización de las instituciones europeas, porque esto le sirve para justificar el incremento del papel de los parlamentos nacionales. La Sentencia, en este sentido, no intenta —y así lo sostuvo en el debate Francisco Balaguer— establecer la idea de la democracia constitucional o el constitucionalismo democrático en el ámbito europeo. El BVErfG asume que el déficit democrático «forma parte» de la estructura de la UE, y que se puede tolerar si se refuerza con mecanismos internos democráticos de los Estados miembros. Asimismo, F. Balaguer también mantuvo que la Sentencia no aporta nada para resolver los problemas actuales del proceso de integración, porque se acepta el déficit democrático. Se admite que la UE pueda no evolucionar hacia un sistema democrático, de modo que limita y empobrece el debate constitucional europeo.

Con relación al déficit democrático de la UE, María José Bobes apuntó que el Tribunal alemán viene a decir que no le interesa mejorar la situación porque no lo ve necesario. Basta con que los Estados miembros sigan siendo democráticos. Es la premisa que necesita para imponer la intervención del Parlamento nacional. Parece como si estuviera diciendo a los demás Estados miembros que si no adoptasen estos mecanismos no estarían siendo suficientemente democráticos. Sostuvo Bobes que la sentencia se preocupa antes de fortalecer la posición del Tribunal Constitucional alemán que el principio democrático.

Por su parte, Alfredo Allué manifestó su preocupación por lo que se dice en la sentencia sobre el déficit democrático, ya que piensa que no es realmente cierto. Según Allué, la Sentencia atribuye un tanto injustamente esas carencias democráticas a casi todas las ins-

tituciones europeas: Consejo, Parlamento europeo... Y, en relación con este último, piensa que es discutible la posición del Tribunal constitucional alemán en relación a la carencia de un proceso electoral uniforme en las elecciones al Parlamento europeo, como falta de garantía de la preservación del principio «un hombre un voto».

Javier Matia estima, por su parte, que la Sentencia no es tan desafortunada. Partiendo de la existencia de un déficit democrático en la Unión Europea, propio de cualquier organismo internacional en el que la última autoridad la tienen los Estados, resulta imprescindible que sea en el plano estatal donde opere, con toda contundencia, el principio democrático. Y es precisamente el modelo democrático de Estado lo que la Sentencia trata de preservar. Desde esta perspectiva, resultan más comprensibles y aceptables sus contenidos.

Pero, según Francisco Balaguer, no podemos aceptar los déficits democráticos con la excusa de que se trata de una institución supranacional. Hay que profundizar en la democracia. No podemos volver atrás. Otros de los intervinientes (en este caso, A. López Castillo), sostuvieron que la Sentencia sí quiere enfatizar el discurso democrático, pero desde la perspectiva de la soberanía nacional. Es la soberanía la que está detrás (cita un trabajo de Franz Mayer). Agustín J. Menéndez va más allá, y discrepa abiertamente de F. Balaguer: en línea con lo defendido en su ponencia, reiteró su tesis de que la sentencia tiene las claves para construir una teoría satisfactoria del Derecho Constitucional europeo (puso como ejemplo el parágrafo 262, según el cual la UE puede y debe alcanzar el nivel de legitimación democrática). Otros intervinientes (en este caso, A. López Castillo), sostuvieron que la Sentencia sí quiere enfatizar el discurso democrático, pero desde la perspectiva de la soberanía nacional. Y que es la soberanía la que está detrás del grueso de las consideraciones del TCFA que incluso deja abierta la cuestión acerca de la potestad constituyente ante una hipótesis de futurible articulación democrática en un plano supranacional.

Ana Carmona, por su parte, entiende hasta cierto punto lógica la posición crítica del TC con relación a la integración. Encuentra positivo que si la opinión pública critica la falta de transparencia, el TC recoja esa preocupación. Los órganos de los Estados miembros deben estar presentes en el proceso, y si no se cumple esa misión por parte de dichos órganos, el proceso de integración no

sería constitucionalmente admisible. Es importante que se refuerce el papel de los Parlamentos, tal y como exige el TC en la sentencia. Una postura parecida sostuvo Susana García Couso, quien entiende que los jueces alemanes recuerdan, ante el proceso de descentralización de la toma de decisiones políticas, la necesidad de garantizar que esas decisiones se tomen siguiendo un proceso democrático. Y, en este sentido, se estaría alertando sobre los futuros pasos que se den en el proceso de integración: a más avances, hace falta más democracia.

En una línea similar se expresó Mariela Morales, destacando las implicaciones que la Sentencia tiene para la democracia y el papel de los parlamentos. Según Morales, en el proceso de integración europea observa un incremento de las competencias de los ejecutivos en detrimento del rol de los parlamentos y los tribunales constitucionales. Y el Tibunal vendría a recordar con su Sentencia que el Estado de Derecho exige un claro respeto del reparto horizontal de las competencias. Especialmente sensible es el ámbito de los Derechos Humanos, íntimamente unidos a la democracia, y precisamente la integración europea debe fundamentarse en esa unión, ya que sirve de inspiración a otros modelos de integración, en particular en América Latina, en los que la salvaguarda del principio democrático deviene esencial. También Agustín J. Menéndez puso de relieve, para defender la posición de los jueces alemanes, que hay una parte esencial de la normativa vigente y aplicable en los Estados miembros que ya no se decide a nivel interno, lo que exige un control sobre el proceso de elaboración y aprobación de dichas normas (puso el ejemplo de los serios problemas estructurales que, en su opinión se plantean con relación a la política monetaria).

2. El supuesto lenguaje anticuado de la Sentencia

Algunos de los participantes pusieron de relieve el lenguaje anticuado y decimonónico de la Sentencia. Utiliza terminología de Bodino y Jellinek, decía Paloma Biglino. En su opinión, y en un Estado democrático, parece un contrasentido seguir considerando, como hacía la Teoría del Estado, que el pueblo es un elemento del Estado y no su propio fundamento.

En este sentido, también Germán Gómez Orfanel, de acuerdo con Francico Balaguer, cree que la sentencia es didáctica, pero como elemento clásico. Por ejemplo, cuando hace hincapié en el pueblo como elemento del Estado, el pueblo como cuerpo electoral. La sentencia se integra en una línea a favor del Estado, recuperando las ideas hegelianas.

También criticó el lenguaje de la sentencia María José Bobes, que además la considerá larga, aburridísima, asistemática, y en muchos puntos contradictoria. Sostuvo que se abusa de la retórica soberanista y que el lenguaje de la Sentencia está anclado en otras épocas, utilizando terminología propia del siglo XIX. Alfredo Allué calificó la Sentencia de clásica, y supone un retroceso ya que no tiene demasiado en cuenta las innovaciones sufridas en el Derecho Constitucional en relación a la Integración europea.

Sin embargo, no está de acuerdo con estas ideas Agustín José Menéndez. Aunque resulte evidente que la sentencia sea larga, y a consecuencia de ello se reflejen en mayor medida distintas visiones de distintos grupos de magistrados dentro del Tribunal, es posible reconstruir la misma sustentándose en elementos conceptuales y teóricos que distan de ser anticuados; son, al contrario, innovativos dentro de la tradición democrático-constitucional.

3. La claúsula de intangibilidad y la pretensión de universalización

Objeto de intenso debate fue la utilización que del artículo 79.3 se hace en la Sentencia por parte del TC alemán. F. Balaguer no acaba de entender por qué dicho artículo impediría, tal y como parece desprenderse de la Sentencia, el camino hacia la federalización de la Unión Europea. Si el artículo 79. 3 de la LFB fuera universalmente aceptable, ¿qué problema hay en que haya un Estado Federal basado en los mismos principios que el art. 79.3? En todo caso, A. López Castillo no ve clara la posibilidad de una pretendida «universalización» del artículo, por ejemplo, ve difícil su articulación con el art. 16 de la Declaración francesa de Derechos. En relación con la aplicación del 79.3, el Tribunal alemán muestra su preocupación sobre las competencias porque quiere que siga existiendo el Estado en el proceso de integración. Alemania ha perdido poder, pero sigue

haciendo énfasis en su estatuto de país soberano.

Germán Gómez Orfanel recuerda que el origen de la cláusula de intangibilidad (o de eternidad) tiene su origen en la necesidad de dar respuesta a la Constitución de Weimar y a la Ley de plenos poderes de 1933. No está seguro de que la tradición alemana pueda tomarse como universal. De alguna manera, en Alemania se establece un cierto fundamentalismo constitucional. Es muy discutible, por ejemplo, el modelo de Estado social o de Estado federal. Sobre el modelo que puede suponer para los demás la democracia alemana, G. Gómez Orfanel subraya que en Alemania la democracia también tiene déficits: es pura representación y tienen pánico al plebiscito. En este sentido, se plantea la pregunta de qué queda del poder constituyente alemán teniendo en cuenta la cláusula de intangibilidad. Si, por ejemplo, quieren dejar de ser un Estado federal, tienen que optar por la ruptura constitucional.

Agustín José Menéndez respondió que también tienen miedo al plebiscito los europeos, como se pone de relieve en el propio proceso de aprobación de las decisiones relativas a la integración europea. Duda de que el TC alemán no sea sincero cuando intenta darle a la cláusula de intangibilidad una dimensión universal. El Sostiene que el TC utiliza el 79.3 en sentido cosmopolita. Y que no es óbice para ello que el origen de todas las disposiciones constitucionales sea siempre un contexto histórico bien concreto para que no pueda derivarse de ellas una norma con valor universal (y tal es la historia del propio Artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano).

En el turno de réplica, Francisco Balaguer reiteró su desacuerdo en que la posibilidad de que lo sostenido por el BverfG en la Sentencia sea extensible a otros Estados. Cada sistema político es distinto (parlamentarismo, presidencialismo). El art. 79.3 tiene una historia y un sentido, y no es extensible a cualquier otro país. Es una cláusula para evitar involuciones democráticas. No puede equipararse el proceso de integración europea con el de una involución democrática.

Antonio López Castillo tampoco cree que las ideas de la Sentencia puedan ser generalizables a otros TC europeos. Piensa, más bien, que peca de tomar una vía excepcional, resaltando la soberanía alemana. De hecho, recuerda cómo una buena parte de la doctrina alemana se ha alarmado, al extremo de promover incluso una

clarificadora reforma de la Ley alemana que regula su Tribunal Constitucional Federal. Con todo —se apostilla— en la actual circunstancia política europea, ni está claro que esa preocupación doctrinal vaya a trascender al debate político, ni en el contexto doctrinario del pluralismo rampante puede excluirse por completo una emulación por parte de algunos de sus correspondientes.

4. Avances en el proceso de integración: ¿se impide con la Sentencia el camino al federalismo europeo?

María José Bobes cree que no es posible hacer una lectura positiva de la Sentencia, que significa un retroceso en el proceso de integración. En su opinión, se parte de lo que ya se apuntó en la Sentencia Maastricht y ya fue criticado en su momento por von Bogdandy. Además, la Sentencia se sitúa en un mundo irreal. En concreto, no está de acuerdo en que la LFB impida un Estado federal europeo. Parece como si el TC pensase que Alemania ya no necesita a Europa. Carlos Vidal enlazó también esta jurisprudencia del Tribunal alemán con la Sentencia sobre la Euroorden, en la que se manifiesta una cierta desconfianza hacia el nivel de legitimidad democrática de otros países europeos.

Sin embargo, Agustín José Menéndez defendió que en el contexto de un proceso de integración supranacional, la idea de que la práctica constitucional en un Estado Miembro no concierne a todos los ciudadanos europeos es insostenible. El proceso de integración es por tanto también un proceso de integración constitucional, y ello hace inevitable que decisiones como la del Tribunal Constitucional Alemán afecten profundamente el derecho constitucional común, y por tanto, el derecho constitucional de cada uno de los Estados Miembros. Con ello Karlsruhe sólo demuestra que se toma en serio el carácter constitucional del proceso de integración. Puso el ejemplo actual de la preocupación por la situación política italiana (la deriva autoritaria y la erosión de la práctica constitucional italiana), que otros intervinientes suscribieron. Sobre algunas críticas a la Sentencia, en el sentido de que se trataría de una auténtica declaración política (como alguno de los intervinientes sugirió), Menéndez mantuvo que es cierto que una sentencia como esta no

tiene que haber un exceso de politización, pero también defendió que sí puede (o debe) el Tribunal enviar mensajes a los políticos. El problema radica en que la falta de acción política transfiere la guardia de la constitución (europea y nacional) a los tribunales constitucionales, que no deben ser los únicos defensores de la Constitución, y que deberían poder estar en condiciones de limitarse a desempeñar un papel mucho más modesto.

Es cierto, según A. J. Menéndez, que todas las disposiciones, incluyendo el 79.3, tienen una historia: pero han de ser interpretadas no sólo en atención a esa historia, sino de forma crítica y atendiendo a otros criterios (de forma que su relevancia práctica sea sensible no sólo a la tradición en que se inscriben, sino también al contexto al que se aplican). Las señales en el proceso político europeo no son especialmente positivas. En concreto, el proceso de elaboración del Tratado de Lisboa no ha sido ejemplar, o el manejo de la zona euro por el Eurogrupo no es especialmente transparente. Por eso las llamadas de atención por parte de los tribunales constitucionales, aún no siendo especialmente deseables en abstracto, son inevitables en concreto.

Sin embargo, algunos de los intervinientes pusieron en cuestión la legitimidad del Tribunal Constitucional alemán para poder condicionar políticamente el proceso de integración. Por ejemplo, alertando sobre su posible intensificación, especialmente si se siguiese una línea federalista, lo cual parecería imposible, tal y como se deduce de varios párrafos del texto. Para Alfredo Allué, el Tribunal piensa que el Tratado de Lisboa va a durar años, pero no admite mutaciones, y es muy cauto con las reformas simplificadas o las llamadas «pasarelas», que se pueden dar («Aceptamos lo que hay, pero no lo modifiquen»). Según A. Allué, probablemente esta sentencia determinará que haya pocos avances en el proceso de integración, y puso en conexión la sentencia alemana con las del Tribunal Constitucional checo sobre el Tratado de Lisboa[1]. Antonio López Castillo recuerda, en este punto, que la influencia de la Sentencia

[1] Primera Decisión del Tribunal Constitucional Checo sobre el Tratado de Lisboa de 26 de Noviembre de 2008, disponible en http://www.usoud.cz/file/2339; Segunda Decisión del Tribunal Constitucional Checo sobre el Tratado de Lisboa, de 3 de Noviembre de 2009, disponible en http://www.usoud.cz/file/2506

puede ser negativa si, como ya fuera el caso en relación con su antecedente, la STCFA Maastricht, la misma alcanzara a erigirse como un nuevo referente dogmático para las corrientes pluralistas.

Agustín José Menéndez, sin embargo, sí defendió la actuación de los jueces alemanes, y sostuvo que hay una diferencia entre lo que hoy es la UE (según el Tribunal alemán, una asociación de Estados) y un Estado Federal. En este sentido, si se produjese un cambio estaríamos ante una mutación constitucional, y lo que el Tribunal alemán dice es que dicha mutación tiene que estar legitimada por el poder constituyente: por eso el TC reclama su intervención.

En una línea cercana se situó Clara Mapelli, al defender que la lectura de la Sentencia hay que hacerla en clave de federalismo como proceso. El Tribunal le dice a su Parlamento nacional que está vigilando y le dice al TJCE que no le gusta la deriva de algunas decisiones. Reclama para sí el papel de guardián y se erige en portavoz de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

5. El problema de las competencias

Antonio Arroyo sostuvo que esta sentencia es continuación de *Solange*, si bien, mientras ésta se refería a los derechos, ahora el BVerfG se refiere a las competencias. Según A. Arroyo, lo que se deduce de la Sentencia es que hay un problema de atribución de competencias, en tanto que la propia UE puede auto-atribuirse competencias, y eso hay que controlarlo, tarea que intenta garantizar el Tribunal alemán.

En este mismo sentido, se habló (P. Biglino) de que el Tribunal sigue subrayando que corresponde a los Estados miembros la competencia de la competencia.

Tomás de la Quadra Salcedo Janini sostuvo que la sentencia refleja una desconfianza del Tribunal alemán hacia el papel del TJUE y del propio ejecutivo alemán en la distribución de competencias. Según el Tribunal, Alemania, como garante de ese *ultra vires* necesita hacerlo a través del Parlamento. El control, en primer lugar, corresponde en consecuencia al Parlamento. Y, en caso de que no

fuese así, lo tendría que asumir el Tribunal, como de alguna manera ha hecho mediante esta sentencia. La preocupación, por tanto, según T. de la Quadra Salcedo, es controlar la distribución de competencias. Los mecanismos que plantea el TC son –a su juicio- positivos, aunque quiten agilidad al proceso de toma de decisiones. María José Bobes se preguntaba si corresponde al Tribunal Constitucional alemán determinar qué materias se mantienen como competencia de los Estados miembros.

Para solucionar estos problemas, aunque se sostuvo por alguno que no había diálogo entre el TC alemán y la UE, sino solamente monólogo, A. López Castillo insistía en la necesidad de ese diálogo. Por ejemplo, sobre la cláusula de identidad: hay que reflexionar sobre el sentido de esta cláusula como límite al ejercicio de competencias por parte de la UE. Quizá —sugería A. López Castillo— habría que articular algún tipo de prejudicialidad inversa, para facilitar un diálogo entre tribunales que bueno sería encauzar mediante previsiones procesales comunes.

Antonio Arroyo también sostuvo que estamos pidiendo demasiado al TC alemán. Hace lo que quizá tenían que haber hecho los políticos. Una idea que compartió Agustín J. Menéndez: los tribunales acaban desempeñando un papel importante porque el proceso político está bloqueado, y el papel de los jueces cobra relevancia. Por ejemplo, la locura de la codecisión. Formalmente, el proceso de toma de decisiones mediante co-decisión es impecable, y aumenta la legitimidad democrática del derecho comunitario. Sin embargo, el diseño barroco de la co-decisión (a la que cada vez se añaden más fases en nombre de la legitimación democrática) conduce a que en realidad no se siga en procedimiento descrito en los Tratados, sino que se haya desarrollado una convención constitucional que traslada el poder decisorio a los llamados triálogos. Pero los estudios politológicos nos describen esta práctica en términos que nos deberían llevar a cuestionar que la co-decisión mediante triángulos coadyuve a reducir el déficit democrático. El problema de fondo es pues el diseño constitucional.

En este mismo sentido, A. López Castillo sostuvo la necesidad de plantearse, como están haciendo ya algunos colegas alemanes, cómo se puede seguir avanzando sin dañar la integración europea. Pues, una cosa es reconocer a la Sentencia el mérito de poner el

problema sobre la mesa, y otra distinta es que su contenido pueda llegar a dañar el proceso al indicar un atajo jurisdiccional en detrimento de la salida política a la que con mejor criterio se apunta, en cambio, en la ya referida segunda sentencia Lisboa del TC checo y a la que, en todo caso, conduce la novedosa previsión de la hipótesis de reforma competencial en el artículo 48.2 del vigente TUE.

Los jueces alemanes ya no hablan de cesión de soberanía, sino de reductos de soberanía que no son susceptibles de cesión. Y no sólo se limitan a la simple cesión, sino que también se plantea en el texto la posibilidad de controlar cómo se van a ejercer las competencias que se han cedido.